

الطبعة الوحيدة الكاملة من:

# كتاب المجموع

شرح المذهب للشيرازي

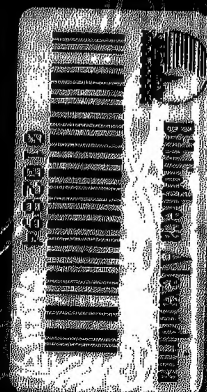
بإشراف العلامة الشيرازي

بمطبعة الشيرازي

بمطبعة الشيرازي

بمطبعة الشيرازي

بمطبعة الشيرازي









الطبعة الوحيدة الكاملة من:

# كتاب المجموع

شرح المذهب للسيرازي

للإمام أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي

الجزء الحادي عشر

محققه وعلق عليه وأكمل به نقصاء

محمد نجيب المطيعي

وحقوق الطبع محفوظة له

مكتبة الأشراف

جدة - المملكة العربية السعودية



# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مسائل المعدن

قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان في الأرض معدن باطن كـمعدن الذهب والفضة دخل في البيع لأنه من أجزاء الأرض وإن كان معدنا ظاهرا كالنفط والقار فهو كالماء مملوك في قول أبي علي ابن أبي هريرة ، وغير مملوك في قول أبي إسحاق ، والحكم في دخوله في البيع على ما بيناه في الماء ، وإن باع أرضا وفيها ركاز أو حجارة مدفونة لم تدخل في البيع ، لأنها ليست من أجزاء الأرض ، ولا هي متصلة بها ، فلم تدخل في بيعها ) .

( الشرح ) والنفط (١) والقار (٢) .

( أما الأحكام ) ففيه مسألتان ( أحدهما ) المعدن على قسمين باطن وظاهر ، وقال القاضي أبو الطيب والماوردي : جامد وذائب .

( القسم الأول ) الباطن قال صاحب الاستقصاء : أى غير متميز عن الأرض كالذهب والفضة والفيروزج والرصاص والنحاس وسماها القاضي أبو الطيب والماوردي معادن الجامدات فيدخل في بيع الأرض جزما لما ذكره المصنف ، ولا فرق بين المعدن المذكور وبقيه أجزاء الأرض ، إلا أن بعض الأجزاء أفخر من بعض ، ولا يجوز بيع معدن الذهب بالذهب ، ولا معدن الفضة بالفضة ويجوز بغير الأثمان قولاً واحداً ، وهل يجوز بيع معدن الذهب أو معدن الفضة بالذهب ؟ فيه قولان الجمع بين بيع وصرف قاله الرويانى .

( ١ ، ٢ ) . بياض بالأصل فحرر ( ش ) قلت : النفط دهن أو زيت يستخرج من باطن الأرض وكان يستصبح به أما اليوم فمشتقاته أكثر من أن تحصر من وقود السيارات والطائرات و . . . و . . . أما القار أو القير فهو مادة خام النفط سوداء كانت تطلى بها السفن الخشبية حتى لا يتآكل جسمها ولا يتسرب الماء إليها . ( ط ) .

(والقسم الثانى) المعدن الظاهر أى المتميز عن الأرض ، وهى أعين للمائع ، كالنفط والقار والموميا والملح والكبريت والزئبق ، والكلام فيه كاللحام المتقدم فى الماء حرفا يحرف ، ومن ذكر المسألة كما ذكرها المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وغيرهم ، وجزم الغزالى فى الوسيط بعدم الدخول فيه مع حكاية الخلاف فى الماء ، قال ابن الرفعة : وحمله على ذلك قول الامام اذا باع الأرض وفيها معدن ، فما يتجدد بعد البيع للمشتري ، وما كان مجتمعا فهو للبائع ولا تردد فيه ، بخلاف الماء ، فان من الناس من قال : لا يملك ( قلت : ) فان أراد الامام أن من الناس من لا يملك أصلا ولا بالحيازة كما هو وجه بعيد حكاة هو فصحيح ، أن ذلك الوجه لا جريان له فى المعدن ، لكن لا أثر لذلك فى مسألتنا لأن الكلام ما دام فى مقره قبل الحوز ، وان أراد به لا يملك ما دام فى البئر ، فالمعدن كذلك عند أبى اسحق القائل بذلك فى الماء ، كما صرح به المصنف هنا وغيره ، وهذا الذى ذكرناه فى بيع الأرض المشتمة على المعدن جار بعينه فى بيع الدار المشتمة على المعدن ، وفى الدار فرض الغزالى المسألة فى الوسيط .

( المسألة الثانية ) اذا باع أرضا فيها ركاز أى كنز مدفون من ذهب أو فضة أو خشب أو آجر أو حجارة مدفونة أو غير ذلك سواء كان من دفين الجاهلية أو من دفين الاسلام لا يدخل فى البيع ، ولا يحل للمشتري أخذه اذا وجده ، لأن ذلك ليس من أجزاء الأرض ولا من نمائها ولا متصلا بها ، فلم يدخل كمتاع البيت والطعام الذى فيه ( والظاهر ) أنه لمن ملكته منه الدار ، فاذا ادعاه فهو له ، وان لم يدعه فهو لمن ملكه البائع منه ، وعلى هذا أبدا . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وغيرهم من الأصحاب .

( المسألة الثالثة ) الأحجار على ثلاثة أقسام : ( الأول ) أن تكون مخلوطة فى الأرض ، فتدخل فى بيع الأرض كما يدخل قرار الأرض وطينها ، ثم هى على ثلاثة أضرب :

( الأول ) أن يضر بالزراع والغرس جميعا فهو عيب اذا كانت مما يقصد لذلك ، وفيه وجه أنه ليس بعيب وانما هو هوات فضيلة وشرط الماوردى والمتولى فى كون ذلك عيبا أن تكون الأرض مبيعة بغير الغراس والزراع ، قال المتولى : فلو اشتراها للبناء فهى أصلح له

فلا خيار ، وينبغي أن يحمل كلامهما على ما اذا لم يكن مقصوده الزرع ،  
والا فالبيع لا يعين جهة المنفعة فيه ، وليس كالأجارة •

( الضرب الثانى ) يضر بالغراس دون الزرع لوصول عروق الغراس اليها دون الزرع فوجهان ( أحدهما ) أنه عيب ( والثانى ) ويحكى عن أبى اسحاق المروزى أنه ليس بعيب ولا خيار فيه ، لأن الأرض اذا كانت تصلح للغرس دون الزرع أو الزرع دون الغرس لم يكن ذلك عيبا لكمال المنفعة بأحدهما ، قال الرويانى : وكذلك لو كانت تصلح للغرس دون الزرع ، قال الماوردى : ( والأصح ) عندى أن ينظر فى أرض تلك الناحية ، فإن كانت مرصدة للزرع أو بعضها للغرس وبعضها للزرع فليس هذا بعيب ، وان كانت مرصدة للغرس فهذا عيب ، لأن العرف المعتاد يجرى مجرى الشرط ، قال : ولعل اختلاف الوجهين محمول على هذا التفصيل ، فلا يكون فى الجواب اختلاف ، لكن ذكرت ما على وبينت ما اقتضته الدلالة عندى •

( قلت : ) وهذا حسن ووافقه الغزالي فيه ، وهو يقتضى أنها اذا كانت فى موضع غير معد للزرع ولا للغرس كالأراضى بين البنيان فى كثير من المواضع فيكون فوات منفعة الزرع والغرس جميعا فيها ليس بعيب ، ولذلك شرطنا فى أول الكلام تبعا للرافعى أن تكون مقصودة للغراس والزرع ، واستثنى هو أيضا أن تكون الأرض مبيعة لغير الغراس والزرع والله أعلم •

( الضرب الثالث ) أن لا تكون مضرة بالغراس ولا بالزرع لبعد ما بينهما وبين وجه الأرض فليس هذا بعيب ، ولا خيار للمشتري •

( القسم الثانى ) من أحوال الحجارة أن تكون مبنية فى الأرض كالتي تكون فى أساسات الجدارات وما أشبهها ، فهى داخلة فى البيع أيضا لأنها موضوعة للاستدامة ، وهذا على المذهب فى أن بيع الأرض يستتبع البناء ، والطرق التى تقدمت فى ذلك جارية فيه حرفا بحرف ، كما اقتضاه كلام الامام وغيره ، قال فى البصر : وكذلك ان كان البناء منهما أو كانت فى طى بئر خراب ، وهذا الكلام فى الدخول ( وأما ) كونها عيبا فقد جعلها الرافعى من الشرط فى كونها عيبا اذا كانت مضرة بالغراس والزرع كالمخلوقة • ( وأما ) الماوردى فانه قال :

ان الغالب فيما بنى على الأرض من حجب أنه غير مضر بزرع ولا غرس ، لأن العروق جارية في مسناة الأرض ومشاربها ، قال : فان كانت كذلك فلا خيار ، وان كانت مبنية بخلاف العرف في موضع مضر بالزرع فللمشتري الخيار على ما مضى الا أن يسهل قلعها لقصر المدة وقلة المؤنة فلا خيار • أما اذا أثبتنا الخيار فاختار اتمام البيع ، فانه بمسك الأرض والحجارة بجميع الثمن •

( القسم الثالث ) أن تكون مدفونة فيها كما فرضه المصنف ، وقيل : ان ذلك كان عادة أهل الحجاز ينحتون الأحجار ويدفنونها الى وقت الحاجة اليها ولا خلاف أنها لا تدخل في بيع الأرض كالكنوز والأقمشة ، نص عليه الشافعي رضى الله عنه والأصحاب وقول المصنف : ليست من أجزاء الأرض احتراز من المعدن ( وقوله : ) ولا هي متصلة بها احتراز من البناء والغراس ، ثم لا يخلو المشتري اما أن يكون عالما بالحال أو جاهلا ، ان كان عالما فلا خيار له في فسخ العقد ، وان تضرر بقطع التابع سواء كانت الأرض خالية عن غراس وبناء أو غير خالية ، ودخل في العقد اما تبعا أو مع التصريح ، وللبائع النقل ، وان أضر بالمشتري بأن كان تنقص قيمة الأرض أو الغراس أو الزرع الداخل في العقد أو الذى أحدثه المشتري بعده أو لم ينقص ، وان أبى البائع القلع فللمشتري اجباره عليه ، سواء كان تبقيتها تضر أو لا •

وفي الوسيط حكاية وجه أنه اذا لم يتضرر لم يجبره على النقل ، وسيأتى مثله فيما اذا كان جاهلا ( والصحيح ) الأول ، وان للمشتري اجبار البائع على القلع والنقل تفريعا للكه بخلاف الزرع ، فان له أمدا ينتظر ، ولا أجرة للمشتري في مدة القلع والنقل وان طالت ، كما لو اشترى دارا فيها أقمشة وهو عالم بها لا أجرة له في مدة النقل والتفريغ ، ويجب على البائع اذا نقل تسوية الأرض وان كان المشتري جاهلا بالحجارة فللحجارة بالنسبة الى الضرر في قلعها وتركها أحوال أربعة ( أحدها ) أن يكون تركها غير مضر لبعدها عن عروق الغراس والزرع ، وقلعها غير مضر ، لأنه لم يحصل في الأرض غراس ولا زرع فالبيع لازم ، ولا خيار للمشتري ، وللبائع النقل ، وللمشتري اجباره عليه على المذهب ، وحكى الامام وجها ضعيفا أنه لا يجبر والخبرة للبائع والمذهب الأول قال الأصحاب : فلو سمح بها للمشتري لم

يلزمه القبول ، لأنها هبة محضة والرافعي أطلق تصوير المسألة في نفى الضرر فلم يحتج الى زيادة على ذلك ، والماوردي أراد بالضرر الزرع والغراس ، فلذلك قال ما نذكره ملخصا من كلامه وكلام غيره ، وهو أنه اذا قلعها - فان كان المشتري عالما بالحجارة - فلا أجره له على البائع في مدة القلع ، لأن علمه بها يجعل قلعها مستثنى ، كتبقيّة ثمرة البائع على نخل المشتري ، وان كان المشتري غير عالم بالحجارة فان كان زمان القلع يسيرا لا يكون لمثله أجره كيوم أو بعضه ، قاله الماوردي وغيره ، فلا أجره على البائع وان كان كثيرا كيومين وأكثر قاله البندنجي •

فان كان بعد قبض المشتري وجب على البائع أجره المثل على الصحيح ، لتقويته على المشتري منفعة تلك المدة ، وهل يجب عليه تسوية الأرض واصلاح حفرها بقلع الحجارة ؟ فيه طريقتان ( أحدهما ) القطع بالوجوب ، وهو قول الماوردي ( والثانية ) على وجهين في التهمة ، ولا خيار للمشتري ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع بعد القبض وجب الأرض ولا خيار ، وان كان قبل قبض المشتري ففي وجوب الأجرة على البائع وجهان ( أحدهما ) نعم كما بعد القبض ( والثاني ) ونسبه الماوردي الى جمهور أصحابنا أنه لا أجره عليه لأن منفعة الأرض قبل القبض مفوتة على المشتري بيد البائع على الأرض أخذا من أن جنايته كالآفة السماوية ( فأما ) تسوية الأرض واصلاح حفرها ففيه طريقتان قال الماوردي : فلا يجب على البائع وجه واحد ، لكن يجب بذلك للمشتري خيار الفسخ لأنه عيب ، كما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض ، وقال غيره : فيه وجهان •

( الحالة الثانية ) أن يكون تركها مضرا لقربها من عروق الغراس والزرع وقلعها مضرا في الأرض من غراس وزرع ، فان كان المشتري عالما بالحجارة وبضررها فلا خيار له في الفسخ ، ولا أجره له في القلع ، وان كان جاهلا اما بالحجارة واما بضررها ، واما في القلع واما في الترك فله الخيار ، هكذا يقتضيه كلام الأصحاب وقال الرافعي : للمشتري الخيار سواء جهل أصل الأحجار أو كون قلعها مضرا فأغفل قسما آخر لم يشمله كلامه وهو ما اذا كان عالما بالأحجار ويكون قلعها مضرا ولكن جهل كون تركها مضرا فمفهوم كلامه أنه لا يثبت له

الخيار ، وليس كذلك لأنه لا فرق بين ضرر الترك وضرر القلع في ذلك ، وقد يطمع في أن البائع يتركها فلا يحصل ضرر .

إذا علم ذلك فإذا ثبت الخيار قال الأصحاب : لا يسقط خياره بأن يترك البائع الأحجار ، لما في بقائها من الضرر ، وهل يسقط الخيار بأن يقول للمشتري لا تفسخ لأغرم لك أجرة مدة النقل ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب التقريب ( أصحابهما ) عند الامام والرافعي لا ، كما لو قال البائع : لا تفسخ لأغرم لك الأرض ، ثم ان فسخ رجع بالثمن والا فعلى البائع النقل وتسوية الأرض ، سواء كان النقل قبل القبض أم بعده ، هكذا قال الرافعي ، وقد تقدم عن الماوردي أنه إذا كان قبل القبض لا تجب التسوية وجها واحدا بل يثبت به الخيار ، وكذلك صرح به هنا هو والشيخ أبو حامد ، ورجحه الروياني ( أما ) بعد القبض فتجب التسوية على المشهور ، وقد تقدم ذكر وجهين في التتمة ، وفي أجرة النقل ثلاثة أوجه .

( ثالثها ) وهو الأظهر وهو قول أبي اسحاق المروزي على ما نقله أبو الطيب الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض فلا يجب ، أو بعده فيجب ( والصحيح ) عند الشيخ أبي حامد أنها لا تجب مطلقا ، والكلام في وجوب الأجرة والتسوية في هذا القسم والذي قبله واحد . وكذلك لم يتكلم الرافعي عليه الا في هذا القسم .

واعلم أن الرافعي رحمه الله تعالى أطلق الخلاف في وجوب الأجرة هكذا ومن جملة أقسام ما فرضه أن يكون عالما بالحجارة جاهلا بضررها ، مع أن الرافعي أطلق أولا أيضا أنه متى كان عالما بالحال فلا أجرة ، وقد يقع بين هذين الكلامين التباس ، فالصواب في بيان ذلك وتحرير حمل وجوب الأجرة ما قاله ، والقاضي أبو الطيب الماوردي جعله محله إذا كان جاهلا بالحجارة وبضررها فإن كان عالما بالحجارة غير عالم بضررها فإنه يثبت له الفسخ لعدم علمه بالضرر ، ولا يستحق الأجرة ، وإن أقام لعلمه بالحجارة ، وإن العلم بها يجعل زمان قلعها مستثنى وكذلك قال في القسم الذي تقدم ، وينبغي أن ينزل كلام الرافعي على هذا التفصيل ، فإنه مع العلم

بالحجارة يمنع ايجاب الأجرة كالثمرة المؤبرة وزمان تفرينغ الدار من القماش<sup>(١)</sup> وما أشبه ذلك •

قال الرافعى : ويجرى مثل هذا الخلاف فى وجوب الأرض لو بقى فى الأرض بعد التسوية نقصان وعيب ، وكذا قاله القاضى حسين ، فسلكا بالأرض مسلك الأجرة ولم يسلكا ولا من وافقهما فيما تقدم بالتسوية مسلك الأجرة ، بل أوجبوها مطلقا ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق وجوب التسوية وهو الذى قاله المحاملى والقاضى حسين والامام ، وابن أبى هريرة أيضا أوجب التسوية قبل القبض ، ولم يوجب الأجرة كما فعل الرافعى ، وقد يقال فى الفرق : ان المنافع والأوصاف لا يقابلها شىء من الثمن ، فلذلك ثبت له الخيار فقط ، لأنه عيب ولم يضمن تخريجا على أن جنائية البائع كالألفه السماوية •

( وأما ) الحفر فى الأرض فانه أذهب بعض أجزاء المبيع ، لأن التراب بعض الأرض فيجب عليه اعادتها ولذلك قال ابن الرفعة خيال ضعيف ، ثم هو غير مستمر لأن التراب الذى كان فى موضع الحفر كان قد بان وسلك به مسلك الأجزاء ، فينبغى انفساخ العقد فيه ، وليس كذلك ، وان كان باقيا قد أزاله عن ذلك الموضع عيب فرده من باب ازالة العيب ولا يلزمه ، وايجاب عين أخرى يسوى بها الحفر أبعد والله أعلم ، وممن مرّح بأن الأرض كالأجرة صاحب التقريب فيما حكاه عنه الامام أنه حكى فى الأرض الأوجه الثلاثة التى فى الأجرة ، وقد جعل صاحب النتممة حكم التسوية قبل القبض مبنيا على جنائية البائع ( ان قلنا ) كالألفه السماوية لم يجب ، وهذا يوافق ما ذكرناه عن الماوردى وهو الصواب •

وحكى صاحب النتممة وجهين فى وجوب التسوية بعد القبض ، لأن التسليم فى القدر المتصل بملكه لم يتم كما يقوله فى وضع الجوائح ، والشافعى رحمه الله تعالى فى الأم أطلق وجوب التسوية ، ولم يفصل بين ما قبل القبض وبعده ولذلك قال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته الجزم بوجوب التسوية ، والاجبار عليها

---

(١) هو ما على وجه الأرض من فئات الاشياء •

كما هو ظاهر النص وقول الجمهور ، ولا نظر الى ما بعد القبض وقبله ، فان التسوية عبارة عن الموضع الذى يجب تسليمه فيه الى غيره وجب عليه اعادته الى ذلك الموضع بلا خلاف وعقب الطلب ، انتهى •

واعلم أن الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم المطلقين وجوب التسوية لم يبينوا ما اذا كانت مواضع الأحجار تحتاج فى تسويتها الى تراب آخر هل يلزم البائع احضاره من خارج ؟ أو تسويتها ببقية الأرض ؟ أو يعيد الى تلك الحفرة التراب الذى أخذ منها بالقلع خاصة ؟ وان لم يحصل به سدّها كما أشعر به كلام ابن الرفعة المتقدم ، لكن المفهوم من لفظ التسوية هذا القسم الآخر ، فانه لا تسوية فيه لاسيما اذا كان مواضع الحجارة حفرا كبارا ، والتراب الذى فوق الحجارة يسير ، فاذا قلعت الحجارة بقى موضعها حفرا لا يسده ذلك التراب الذى فوقها ، ولا تتساوى ببقية الأرض ، فحمل التسوية على هذا المعنى فيه بعد وعلى تقدير ارادته يتجه الجزم بوجوب التسوية ، وفاء بمقتضى العقد ، وتسليم المعقود عليه على حاله ، وسواء فى ذلك اذا لم يحصل بنقل التراب عن محله بالقلع عيب فى الأرض أو حصل ولكن أجاز المشتري ، فان الاجازة لا تمنع من المطالبة بتسليم عين أجزاء المبيع على حالها •

وعلى هذا لو عدم ذلك التراب المنقول بالكلية وكان له قيمة ينبغى أن يكون كتلف بعض المعقود عليه ، وان كان المراد القسم الثانى ، وهو تسويته ببقية الأرض فبعيد ، لأنه لا يحصل بذلك اعادة المبيع الى ما كان ، بل يتغير كلبه ، وان كان المراد التسوية بالتراب المقلوع ، فان لم يكف فبتراب جديد ، فحينئذ لا يتجه الجزم بوجوبه ، لأن الزام البائع بتراب جديد لم يضع يده على مثله مع اجازة المشتري العقد بعيد ، بل الذى يتجه أن يقال : ان البائع يجب عليه كمال التسليم بمقتضى العقد ، ومن ضرورته قلع الأحجار وازالة التراب اللازم ثم اعادته على ما كان فان لم يحصل بذلك زيادة عيب فلا كلام ، وان حصل عيب قبل القبض وكان المشتري قد أجبر البائع على القلع بعد اطلاعه على الأحجار ، وعلمه بالحال ، فلا شيء له غير رد التراب ، لأن اجباره على القلع رضا بما يحصل منه من العيب •

وان جهل الحال — فان حصل ذلك قبل القبض — ثبت له الخيار ، فان فسخ فذاك ، وان أجاز وجب التراب خاصة ، وان كان بعد القبض وكان ذلك مع جهل المشتري بالحال ، فان العقد لم يتضمنه ، وجهل المشتري أثبت له الخيار ، فاذا أسقطه بالاجازة لم يبق له شيء آخر ، ثم التعيب الحاصل من القلع ان فرض ، غايته أن يجعل لتقدم سببه كعيب حاصل في يد البائع ، والمشتري قد رضى به لما ألزمه البائع بالقلع الذى ذلك التعيب من لوازمه ، فلا شيء له ، سواء كان قبل القبض أم بعده ، ولعل ذلك مأخذ الشيخ أبى حامد ومن وافقه في قولهم ، بأن التسوية لا تجب مطلقا قبل القبض وبعده ، ولكنه خلاف نص الشافعى رضى الله عنه ، وحينئذ اختار طريقة مفصلة وهى أن إعادة التراب الزائل بالقلع واجبة والزائدة على ذلك ان وقع ذلك قبل القبض وحصل به عيب خرج على جنافية البائع ( والأصح ) أنها كالآفة السماوية فيقتصر على اثبات الخيار وان كان بعد القبض فيتخرج على القطع في يد المشتري بالسرقة السابقة في يد البائع ( والأصح ) أنه من ضمان البائع فتجب التسوية ان وقع بغير مطالبة المشتري ، وان وقع بمطالبة المشتري ففيه نظر ، وفي مأخذ الخلاف في الأرض ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغصب ، هذا كله ، اذا كان لذلك الزمان أجرة ، والا فلا أجرة على ما تقدم قال الماوردى : وعلى جميع الأحوال ليس للبائع اقدم الحجارة في الأرض ان أقام المشتري على البيع •

( والحالة الثالثة ) أن لا يكون في قلعها ضرر ، ويكون في تركها ضرر ، فيؤمر البائع بالقلع والنقل ، ويجبر عليه ، ولا خيار للمشتري كما لو اشترى دارا فلحق سقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال ، أو كانت منسدة بالالوعة فقال : أنا أصلحه وأنقيها ، لا خيار للمشتري ( قلت ) وههنا أولى بعدم الخيار ، لأن البائع مأخوذ بدفع الضرر عنه ، وهناك لا يلزم البائع الاصلاح وازالة الخلل ، ثم ان الماوردى على عادته لما فسّر الضرر بضرر الغراس والبنساء قال : ثم القول في الأجرة وتسوية الأرض على ما مضى ، فان أطلقت الكلام كما صنع الراجعى لم يحتاج الى ذلك ، وقد ذكر المصنف هذه الحالة في باب الرد بالعيب وسنشرحها هناك ان شاء الله تعالى •

( الحالة الرابعة ) أن يكون في قلعها ضرر ولا يكون في تركها ضرر ،  
فللمشتري الخيار إذا كان جاهلا ، فإن أجاز ففى الأجرة والأرش  
ما مر ولا يسقط خياره بأن يقول : أقطع وأغرم الأجرة أو أرش  
النقص ، قال صاحب التهذيب : ويجيء فيه مثل الخلاف المذكور في  
الحالة الثالثة ، ولو رضى البائع بترك الأحجار في الأرض سقط خيار  
المشتري إبقاء للعقد ثم ينظر أن اقتصر على قوله : تركتها فهل هو  
تمليك أو مجرد اعراض لقطع الخصومة ؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي ،  
وهما كالوجهين في ترك النعل على الدابة المردودة بالميب ( أحدهما )  
أنه تمليك ليكون في مقابلة ملك حاصل ( وأظهرهما ) أنه قطع للخصومة  
لا غير ، وبالأول أجاب الماوردي •

وينبنى على الوجهين ما لو قلعها المشتري يوما ما وأبدى للبائع  
في تركها هل يمكن من الرجوع ؟ والأكثر أن له ذلك ، ويعود خيار  
المشتري ، وهو القياس ، وقال الماوردي والامام : لا رجوع ،  
ويلزم الوفاء بالترك إلا إذا جرت حالة يزول فيها المعنى المقتضى للترك ،  
وقال الماوردي : لأنه يجري مجرى الإبراء الذي لا يجوز الرجوع  
فيه ، ولا يعتبر فيه القبول ، وادعى الامام أنه لا خلاف فيه وإن  
قال : وهبتها منك فإن رآها قبل ووجدت شرائط الهبة حصل الملك  
ومنهم طرد الخلاف لانتفاء حقيقة الهبة ، وإنما المقصود دفع الفسخ  
وإن لم توجد شرائط الهبة ففى صحتها للضرورة ( وجهان ) أن  
صححناها ففى إفادة الملك ما ذكرنا في الترك ، قال أكثر هذا الكلام  
الامام والرافعي رضى الله عنهما ، ولم يتعرض لأن المشتري يجبر  
على ذلك أولا وقد قال القاضي أبو الطيب : البائع إذا قال : وهبت  
الحجارة ففى إجبار المشتري على قبولها وجهان مبنيان على القولين  
فيما إذا باع ثمرة فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بالأولى فوهبها  
هل يجبر على قبولها ؟ فيه قولان ( أن قلنا : ) لا يجبر فلأنها هبة مجهولة  
فلا تصح ، وأيضا فلا يجبر على قبول ملك غيره ( والثاني ) يجبر ،  
لأن بقبولها يزول الضرر •

( فإن قلنا ) لا يجبر ، فعلى البائع نقلها ، فإن لم يسمح البائع  
بترك الأحجار ثبت للمشتري الفسخ ، فإن فسخ رجع بالثمن ، وإن  
أقام فهل للبائع القطع ؟ نظر أن كانت الأرض بيضاء أو مفروسة

بغرس متقدم على البيع أو متأخر فله ذلك ، ثم الحكم فيه يأتي ان شاء الله تعالى . وإن كانت مزروعة بزرع المشتري قال الماوردي : فعلى البائع ترك الأحجار الى انقضاء مدة الزرع ، لأنه زرع غير متعمد به قلما يقلع قبل حصاده ، فاذا حصد المشتري زرعه قلح البائع حينئذ حجارته ، ولزمه أجرة الحجارة بعد القبض وتسوية الأرض ، ووافقه صاحب التهذيب فقال : إذا كان فوق الأحجار زرع للبائع أو للمشتري فإنه يترك الى أوان الحصاد ، لأن له غاية بخلاف الغراس ، قال الرافعي : ومنهم من سوى بينه وبين الغراس .

( فرع ) تقدم أنه إذا لم يكن في القلع ضرر أو كان فيه ضرر يسير يمكن تداركه عن قرب أنه لا خيار للمشتري . ومحل ذلك على ما يقتضيه كلامه إذا بادر البائع اليه ، فلو تقاعد عنه كان للمشتري انخيار ، قال ابن الرقعة : وقد يقال : بل يجبر على ذلك كما يقتضيه كلام الغزالي وغيره ، تبعاً لظاهر النص ، يعنى في وجوب تسوية الأرض على البائع لأن في ذلك محافظة على اتمام العقد .

( فرع ) في هذه الحالة فأما الغراس الذي وعدت بذكر حكمه إذا أقام المشتري على البائع وليس فيها زرع وكان فيها غراس فإن للبائع قلح حجارته مطلقاً ثم لا يخلو أما أن يكون ذلك الغرس متقدماً على البيع قد دخل ، وأما أن يكون المشتري استجده ، فإن كان متقدماً فإن قلعه بعد القبض فعليه الأجرة على الصحيح وأرش النقص وتسوية الأرض على ما تقدم ، وتعييب الأشجار بالأحجار كتعييب الأرض في اثبات الخيار وسائر الأحكام ، وإن كان قبل القبض لم يلزمه التسوية ولا أرش النقص على ما تقدم ، وقد مر في مثله كلام الرافعي ومن وافقه ، وفي الأجرة وجهان ( أحدهما ) لا ، ولو سمح البائع بترك الأحجار وكان القلع والترك يضربان ، ففي ثبوت الخيار وجهان ، حكاها المحاملي ( أحدهما ) الثبوت ، لأنه ابتاع أرضاً على أن فيها غراساً ، فاذا خرجت على خلاف ذلك فقد لحقه نقص وضرر ، هكذا قال ، وفي نظيرها فيما إذا كانت الأرض بيضاء لم يتقدم لنا خلاف في سقوط الخيار ، وقال الامام في الأرض المغروسة فيما إذا كان القلع يضر دون الترك ، وسمح البائع بالترك حتى لا يتعييب الغراس بالقلع ، لأن الأئمة أجمعوا على أن الخيار يبطل ، وإن كان

الغراس أحدثه المشتري بعد الشراء فان أحدثه عالماً بالأحجار فللبائع قلع الاحجار . وليس عليه ضمان قلع الغراس وسقط خيار المشتري .  
وان أحدثه جاهلاً ففنى ثبوت الخيار وجهان ( وجه ) الثبوت إن الضرر ناشئ من ايداعه الأحجار في الأرض ( والأصح ) انه لا يثبت لرجوع الضرر الى غير المبيع ، وبناءهما القاضي حسين على ما اذا باع شجرة عليها ثمرة بعد يدو الصلاح ثم حدثت ثمرة اخرى واختلطت بالمبيعة ، قال الروياني : فان كان قلعها يضر وتركها لا يضر . وسمح البائع بالحجارة للمشتري أجبر على قبولها ولا خيار له ، فان كانت الأرض تنقص بالحجارة أيضاً فان لم يورث الغرس وقلع الغرس نقصاناً في الأرض ، فله القلع والفسخ ، وان أورث المقلع أو الغرس نقصاناً فلا خيار في الفسخ ، اذ لا يجوز له رد المبيع ناقصاً ، ولكن يأخذ الأرضي .

واذا قلع البائع الاحجار فانتقص الغراس فعليه أرش النقص بلا خلاف هذا ما قاله الرافعي . وقال المحاملي : لا فرق بين أن يغرس البائع ويبيع أو يبيع بلا غراس ثم يغرس المشتري ، وقال الماوردي : وان كان الغراس استحدثه المشتري بعد البيع فهذا لا يكون الا بعد القبض فيلزمه — يعنى البائع — الأجرة ونقص الغرس وتسوية الأرض ، والتفصيل الذي قاله الرافعي أولى ، وما قاله الماوردي من أن ذلك لا يكون الا بعد القبض وكذلك قال في الزرع ، فكأن ذلك محمول على الغالب ، والا فيمكن أن يحصل للمشتري في الأرض المبيعة قبل قبضها غرس أو زرع ، وحينئذ يعود الكلام في وجوب الأجرة ، وجميع ما سبق من الاحكام التي تختلف قبل القبض ويعدده .

وأما أرش نقص الغراس هنا فانه واجب على كل تقدير . لأن الغراس ليس بمبيع حتى يخرج على جنائية البائع قبل القبض وهذه الاحكام التي ذكرتها في الغراس والزرع ذكرها الماوردي في هذه الحالة الرابعة ، والرافعي ذكرها ذكر ما لا اختصاص له بها ولا شك أنها قد تأتى في غيرها كما لو لم يجبر المشتري البائع على القلع في الحالة الأولى أو في الحالة الثالثة ، فان القلع يكون جائزاً للبائع ، ويأتى فيه من التفصيل ما ذكره هنا ، والله أعلم .

( فسرع ) تكلم الامام وقبلة القاضي حسين في أنه لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع ؟ وعلى الغاصب اذا حفر في الأرض المنصوبة ؟

ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده ؟ وإنما أوجبوا الأرض ؟ وأجابا عنه بأن طم الحفر لا يكاد يتفاوت ، وبينان الأبنية يختلف ويتفاوت ، فشيء ذلك يذوات الأمثال وهذا يذوات القيم حتى لو رفع لينة أو لينتين من رأس الجدار وأمكن البزد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطم الحفر •

( فرع ) ذكره المحاملى هنا قال أبو اسحاق : إذا باع عبدا فقال المشتري : هو أبى ، وقال البائع : أنا أحضره الساعة وأحضره لم يكن للمشتري خيار ( قلت : ) وصورة ذلك كما صرح به غيره ما إذا اشترط البائع الإبقاء ثم أبى في يد البائع قبل القبض ، فإذا أمكنه رده عن قرب لم يثبت الخيار •

( فرع ) ذكر الامام في آخر كلامه كالمضايك لما تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع فإن كان المشتري عالما فلا خيار ولا أرض ، فإن كان جاهلا ثبت الخيار ، فإن فسخ فذاك ، وإن أراد ، وأراد الزام البائع أرض النقص وإن لم يتمكن البائع من دفع الضرر بترك الحجر ، وكان الضرر في تركه ونقله ، ففى الأرض الأوجه من جهة أن المشتري يجد خلاصها بالفسخ ، فهو كاطلاعه حالة العقد ، وأن النقص ظهر بعد العقد بفعل منشؤه البائع ، أما قبل القبض أو بعده مستندا الى سبب متقدم كقتل العبد المرتد ، وإن تمكن من دفع الضرر بترك الحجر فلا يلزمه الترك ، ولكن لو فعل وظهر الضرر فمن أصحابنا من قال في تغريم البائع ما تقدم من الخلاف ، ومنهم من يقطع بتغريمه في هذا القسم ثم ينتظم على هذا تعطل المنافع من غير نقص في رقبة المبيع • وقد ذكروا الخلاف في الأجرة فما وجه ترتبها ؟ والفرق لائح ؟ فإن المنافع ليست معقودا عليها ، ولو قيل : القدر الذى يفرغ البائع فيه المبيع غير داخل في استحقاق المشتري لم يكن بعيدا ، والمبيع كله مستحق للمشتري بأجزائه وصفاته •

( فرع ) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض ، وتجب بعده ، وأن ذلك قول أبى اسحاق المروزي على ما نقل أبو الطيب ، وفي البحر قال الماسرجسى : قال اسحاق (١) في بغداد قبل خروجه

(١) كذا بالأصل ولعله قال الشافعى ، والله أعلم (ط) •

الى مصر : له الأجرة ، يعنى قيل القبض ، قال القاضي الطبري : وهذا محتمل عندى لانه نص في الميويطى على أن البائع اذا قطع يد العبد المبيع فالمشتري بالخيار بين الفسخ والاجازة مع الأرض ، فاذا نص في الأرض فالأجرة مثله ، وبني القفال ذلك على أن جناية البائع كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبي .

( فرع ) تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة ، وان الأجرة والأرض يفصل بينهما بين ما قبل القبض وبعده ، وهل يثبت خيار للمشتري بنقص الأرض بالقلع ؟ تقدم عن الماوردي فيما قبل القبض أنه يثبت ، وذلك ظاهر ، لانه عيب حدث قبل القبض وقال الروياني : انه ان كان بعد القبض فيثبت أيضا ، لأن سببه كان موجودا قبل القبض .

( فرع ) اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا كانت الأرض المذكورة مشتملة على شجر داخل في البيع وكان قلع الحجارة يضر وتركها يضر ، فالحكم في التسوية والأجرة على ما تقدم وفي أرض النقص طرق حكاها الروياني .

( أحدها ) لا أرض لأنه رضى بالنقص وقال أبو اسحاق : هو للأجرة ان كان قبل القبض لم يلزم وان كان بعده لزم . وقال ابن سريج : بعد القبض يلزم قولاً واحداً وقبله قولان . وقال بعض أصحابنا بخراسان : فيه وجهان قبل القبض وبعده والأصح أنه يجب .

( فرع ) قال الروياني : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر ، واختار البائع الترك ، لا خيار للمشتري ، وهل تملك بالترك ؟ على ما تقدم وقال القفال : لو قلع المشتري تلك الأشجار بعد ذلك فهل للبائع قلع الأشجار ؟ وجهان مبنيان على ما لو أتلّف حنطة فلم يوجد مثلها فغرم المثل ، ثم وجد المثل ، هل له رد القيمة ومطالبته بالمثل ؟ وجهان وان اختار القلع فالمشتري الخيار لأنه يضر بالمبيع ، ولا فرق بين أن يقول له البائع : أنا أعطيك أرض النقص أو لم يقلد وليس كما اذا اختار الترك ، فانه لا نقص في الترك ، فان اختار المشتري الامساك فالحكم في التسوية والأجرة وأرض النقص على ما مضى .

( فرع ) اذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده كما تقدم ، ثم ان كان قلع الأحجار وتركها مضرين للبايع القلع وللمشتري المطالبة به ، ثم اذا قلع قال الروياني : يلزم البائع أرش النقص قولاً واحداً ، لأنه حول ملكه عن الأرض بأدخال النقص على الغير ، فان كان مراد الروياني نقص الأرض فظاهر ، وان كان المراد نقص الغراس فقد تقدم عن الرافعي خلافه ، وأنه لا يضمن نقصه وذلك هو الظاهر ، فانه متعمد بالغرس ، والله أعلم .

وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فان اختار القلع قال الروياني : فعليه أرش النقص قولاً واحداً ، والكلام فيه كما تقدم ، وليس مراده الا الغراس فانه قال عقيب ذلك وكيفية التقويم أن يقال : كم يساوي هذا الشجر ولا نقص ؟ فيقال : مائة ، فيقال : وكم يساوي وبه هذا النقص ؟ فيقال : تسعون فيقول : نقص العشر ، فتلزم حصته من القيمة ، وان اختار البائع الترك فهل يملكها المشتري ؟ فعلى ما ذكرنا .

( فرع ) قال الروياني وغيره : ولو كان البائع زرع فيها زرعاً وباعها مع الزرع وتحتها أحجار يعنى والمشتري جاهل بها فليس للبايع أن يقلع الأحجار ما لم يحصد الزرع اذا كان قلعها يضر بالزرع ، وأن الزرع يختص بالبايع فالضرر يختص به والخيار اليه .

( فرع ) قال الغزالي رحمة الله عليه فيما نقل ابن أبي الدب : إن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر ، ويريد به : ولا يلزمه التسوية وفي مسألة البيع يلزمه التسوية ، ومعناه : ولا يلزمه أرش النقص ، واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين منهم من قال : يلزمه أرش النقص في المسألتين دون تسوية الحفر فيهما . ومنهم من قال : يلزمه التسوية في المسألتين دون أرش النقص ومنهم من فرق بعدوان الغاصب فيلزمه الأرض بخلاف البائع فيلزمه التسوية .

( فرع ) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة ، وفي قلعها هلاك الزرع ، لم يمكن البائع من قلعها لأن للزرع غاية فيؤمر بالتوقف بخلاف الغراس ، قاله صاحب التتمة وغيره ، ونص عليه

الشافعي رضى الله عنه . وكذلك فيما اذا علم المشتري بالحجارة وترك البائع القلع ، ثم أراده بعد زرع المشتري لم يكن له ذلك حتى يحصده المشتري ، كما حمل ابن الرفعة نص الشافعي عليه ، قال الرافعي : ومن الأصحاب من يسوى في الحالتين بينه وبين الغراس .

( فرع ) شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار اذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار بما اذا باع الشجرة وبقي لنفسه الثمرة ، فحدثت ثمرة أخرى واختلطت بها ، فمن قال هناك يجعل الحادثة كالبيعة في حكم الاختلاط . قال ههنا : ان الضرر الذي يلحقه في الغراس الحادث كالضرر الذي يلحقه في الأشجار المشتراة ، يعنى لأنه استحق بالشراء أن يغرس فيها ، فجعلنا الضرر الذي يلحقه في حق من حقوق المبيع كالضرر الذي يلحقه في نفس المبيع . نزل : وأصل المسألتين اذا اشترى جارية فوطئها ، ثم استلحقته ، فحرم المهر هل يرجع بالمهر على البائع أم لا ؟ نسأل قول يرجع لأنه ضمن له سلامة الوطء فاذا لم يسلم يرجع عليه ، وكذا هنا ضمن له سلامة غراسه ، والثمار الحادثة ، فجعلنا الخلل الحاصل في واحد منهما كالخلل في عين المبيع ، وفرض المتولى المسألة فيما اذا كان قلعها يضر بالغراس ، وتركها لا يضر ، وقد تقدم حكاية الخلاف عن الرافعي في ثبوت الخيار مطلقا .

( فرع ) قال الشيخ أبو محمد الجويني في السلسلة لما ذكر الوجهين في وجوب الأجرة على البائع للمدة التي مضت في نقل الحجارة ، وبناهما على أن جنائية البائع كالأجرة السماوية . وكنجانية الأجنبي قال : فان قيل : القبض هنا حاصل ، والمذهب لا يختلف أن جنائية البائع بعد القبض كجنائية الأجنبي . وانما القولان قبل القبض ( قلنا : ) البائع اذا سلم الأرض وفيها حجارة مستودعة مانعة من الانتفاع فانها مانعة من كمال صفة القبض فلذلك ألحقناها بالحالة الأولى ، وهذا الذي قاله انشيخ قد تقدمت الإشارة اليه . ولكنى أحببت نقله من كلامه .

( فرع ) من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض : ونقل الحجارة مضر به ، قال الامام : وليس

لقائل أن يقول في حالة الجهل واضرار الغراس ونحوه أنه يمتنع عليه النقل وفاء بموجب البيع ، وقياماً بتسليم الأرض والأشجار له .

( فسر ) قال الرافعي رحمه الله : لو باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع ، وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق ، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم والأشجار في البيع ، بل لا حريم لمثل هذه الدار ، كذا ذكرها الرافعي قال : إذا قال : بعثك هذا البستان أو الباحة دخل في البيع الأرض والأشجار والغراس ، وكل ما له من النبات أصل لا خلاف في المذهب في ذلك ، وفي دخول البناء الذي فيه ما سبق في دخوله تحت الأرض ، وقال الغزالي : إن أظهر عدم الدخول جرياً على قاعدته ( وأما ) على المذهب فإنه يدخل ، وإن قيل بالجزم بالدخول كان له وجه فإن البستان وإن كان قد يخلو عن البناء ولكنه إذا كان مشتملاً عليه تناول اسمه جميع ذلك ، وهو كالاhtمال الذي في دخول الشجر في بيع الدار ، وهو هنا أقوى ، لأن اشتمال البساتين على البناء أكثر من اشتمال الدور على الأشجار غالباً ، ويندر أن يكون بستان لا بناء فيه .

وجزم الرافعي بدخول الحائط ولا وجه لذلك ، بل هي من جملة الأبنية ، فالجزم فيها مع طرد الخلاف في غيرها غير متجه ، ولا مساعد عليه عند الأكثرين ، هذا والماوردي أطلق طرد الخلاف في البناء من غير تفصيل ، والرويانى في البحر صرح بأن البناء والجدار المحيط على الطرق ، وأن بعض أصحابنا قال : يدخل الجدار المحيط قولاً واحداً ، وهو ضعيف عندي ، وجزم القاضي أبو الطيب بدخول البناء في بيع البستان مع ذكر الخلاف في دخول النخلة والشجرة في بيع الدار ، وذلك يشهد لما قلته الآن من الفرق وتقوية الجزم بالدخول في البستان ، وهو الذي يقتضيه العرف لاسيما في بلادنا هذه . التي الغالب على بساتينها أن تتخذ عليها الحوائط والأغلاق لشبه المساكن .

قال الامام : والبناء عندي بالاضافة الى البستان كالشجرة بالاضافة الى الدار ، فقد تلخص في دخول الأبنية في البستان طرق : ( احداها ) أن الجدار المحيط يدخل جزماً ، وفيما عداه الطرق ، وهو ما أورده الرافعي وضعفه الرويانى .

(والثانية) اجراء الخلاف في الجميع ، وهى قضية اطلاق الأكثرين •

( والثالثة ) الجزم بدخول الجميع ، وهو مقتضى كلام القاضى أبى الطيب ، وهى التى اقتضى كلامى أولا الميل اليها ، وليس لنا طريقة جازمة بعدم دخول الأبنية هنا مع التردد فى دخولها تحت اسم الأرض ، وهذا ما لا يمكن ، ولك أن تأخذ من هذه الطرق ثلاثة أوجه فى دخول الأبنية تحت اسم البستان والباحة والكرم ( ثالثها ) يدخل المحيط دون ما إذا لم يكن على هيئة الجدار الموضوع للحفظ والاحاطة ، وكذلك فعل ابن الرقعة •

قال الرافعى : وذكروا أن لفظ الكرم كلفظ البستان ، لكن العادة فى نواحيها اخراج الحائط عن مسمى الكرم ، وادخله فى مسمى البستان ولكن لا يبعد أن يكون الحكم على ما استمر الاصطلاح به ، وذكر ابن الرقعة أن هذا كالعالم • وأنه ان صح يكون وجهها رابعا يعنى فى محيط الكرم والبستان والشجرة العتيقة ، ولو كانت الشجرة حادثة لم تدخل فى بيع البستان ، قاله ابن الرقعة أخذا مما سيأتى ، وفى العريش وهو المسمى فى بلادنا بالكرم فى وجوب اللزوم تردد للشيخ أبى محمد<sup>(١)</sup> • رجح الامام والغزالي دخوله ، وجعل فى الوسيط محل التردد فى دخوله تحت اسم الكرم ، والامام نقله فى لفظ البستان والباحة ، وفى كلامه ما يدل على جريانه فى الكرم أيضا •

وفى كلام الامام ما يقتضى أن ذلك فى العريش الذى ينقل . فانه قال : والوجه عندنا القطع بدخولها تنزيلا على المفهوم من اسم الكرم أو البستان فى مطلق العرف فانه ينظم مع الكرم عريشة ، وان كان محله • قال ابن الرقعة : لكن هذه العبارة تفهم أن محل ذلك اذا كان العريش ينقل ( أما ) اذا كانت تراد للدوام [ كما هو جار ] فى بلادنا فلا يأتى فيها التردد قال الرافعى : ولو قال : هذه الدار بستان ، دخلت الأبنية والأشجار جميعا ، ولو قال : هذا الحائط بستان أو هذه المحوطة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار • وفى البناء الذى فى وسطه الخلاف السابق ، هكذا ذكره فى التهذيب ، وهكذا قال

(١) هنا فى شى بياضات وفى ق كذلك وقد عولجت بالرجوع الى اصول اربابها فجات مستقيمة هكذا ، والله المستعان ( ط ) •

الرويانى فيما اذا قال : حائط بستان ، وفى لفظهما قلق ، والمراد أن يقول : بعثك هذا الحائط البستان هذه [هى] العبارة المستقيمة .

قال الرافعى : ولا يتضح فى لفظ المحوطة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا أو ليكونا على الخلاف قال ابن الرفعة : هذا الذى ذكره الرافعى صحيح ان كانت الحوطة بغير ميم أما اذا كانت فى كلامهم بالميم فالإشارة تكون للميم وهو البستان ، فكأنه نطق به وعند نطقه تدخل الأرض والأشجار والبناء المحيط وفى دخول ما فيه من البناء الخلاف عنده ، فلذلك ألحق هذه اللفظة بالبستان .

( قلت : ) وهذه اللفظة فيما وقفت عليه من نسخ المذهب والرافعى والروضة — بالميم وإخراج البناء عنها بعيد . وإن أخرج فيما اذا نطق باسم البستان فإن الإشارة الى الجميع وتخصيصها — بالميم — دون غيره لم يقتضه دليل وهى داخلة فى مدلول اللفظ قطعا ، بخلاف البستان عند من يجعلها خارجة منه . لأن اسم البستان صادق بدونها ، نعم قول الرافعى فليدخلا أو ليكونا على الخلاف لا وجه للتردد فى ذلك بل يتعين الجزم بدخولها ( وأما ) لفظ الحوطة بغير — ميم — فلم أره فى كتاب غير كلام ابن الرفعة . ولا أعلم معناه ، فإن كان موضوعا للبستان فينتجه كلام صاحب التهذيب ولا يستقيم كلام الرافعى وإن كان موضوعا للحائط الدائر على البستان فينتجه أن لا يدخل البناء ولا الشجر جميعا .

( والأقرب ) أن حذف — الميم — تصحيف وأن اللفظ بالميم كما هو فى الكتب . وأن الحكم فيها مخالف للحكم فى لفظ البستان . والحائط بمعناه وأنه لا ينتجه فرق فيها بين البناء والشجر . كما قاله الرافعى . لكنه لا ينبغى التردد فى ذلك كما تردد بل ينبغى دخول البناء والشجر لوجود الإشارة الى الجميع وعدم ما يقتضى إخراج شيء من ذلك ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

قال ابن الرفعة : وفى بعض الشروح أنه لو قال : بعثك هذا المحوط دخل فيه الحيطان والأرض وإن كان فيه غراس فعلى ما تقدم من الخلاف ( قلت ) وهذا عكس ما قاله صاحب التهذيب . وخلاف

ما قاله الراهمى أيضا وبعيد من جهة المعنى لا وجه له ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

( فرع ) قول الغزالى فى الوجيز : ان الأظهر عدم الدخول يعنى به الأظهر من الطرق ، فانه فى الوسيط صرح بأن الخلاف فيه كما فى اسم الأرض ( وأصح ) الطرق عنده فى اسم الأرض عدم الدخول كما تقدم فعلم أن مراده هنا الأظهر من الطرق ، والعجلى قال : ان معناه الأظهر من الوجهين وحمله على ذلك تسوية الامام بين البناء بالنسبة الى البستان ، والشجر بالنسبة الى الدار والذى حكاه الامام والغزالى فى استتباع الدار للشجر ثلاثة أوجه ، وأفهم كلام الامام فيها أن التفريع على أن اسم الأرض لا يتناول البناء والشجر أى ان قلنا : البناء والشجر داخلان فى الأرض فهنا أولى ( وان قلنا : ) لا يدخل فهنا ثلاثة أوجه ويكون قول الغزالى « الأظهر » (١) أى من هذه الأوجه ولا شك أن ما قاله الامام نفيه •

ولكن الغزالى صرح فى الوسيط بأن الخلاف فيه كالخلاف فى الأرض فينبغى أن يحمل كلامه فى الوجيز على ذلك ويكون الأظهر من الطرق فانه ليس فى كلامه التسوية بين الدار والبستان كما فى كلام الامام وان كانت التسوية متجهة - وقد تقدم فى استتباع الدار للأشجار بحث - ويمكن أن يعود مثله هنا فى هذه الأوجه وتكون مفرعة على القول باتتباع الاسم كما ذكره الامام هناك وان لم يصرح به هنا لكن تسويته بين المسألتين يقتضيه . ولو كان فى البستان ماء فهل يدخل فى العقد ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى حسين •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر دخل فى بيع النخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع

(١) من اصطلاح متأخرى الأصحاب أن الأظهر الراجع من الاقوال والأصح هو الراجع من الأوجه . وكان المتقدمون يتساعلون فى اطلاقها فتحل الأظهر أحيانا محل الأصح والعكس والراجع من الطرق هو ( المذعب ) ( ط ) •

الا أن يشترطها المبتاع » فجعلها للبائع بشرط أن تكون مؤبرة ، فدل على أنها إذا لم تكن مؤبرة فهي للمبتاع ، ولأن ثمرة النخل كالحمل ، لأنه نماء كامن لظهوره غاية كالحمل ، ثم الحمل الكامن يتبع الأصل في البيع ، والحمل الظاهر لا يتبع ، فذلك الثمرة • قال الشافعي رحمه الله : وما شقق في معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبر) •

( الشرح ) حديث ابن عمر رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » وفي لفظ لمسلم : « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر » وفي لفظ آخر له : « أيما نخل اشترى أصولها وقد أبرت فان ثمرتها للذى أبرها الا أن يشترط الذى اشتراها » وفي لفظ له أيضا « أيما امرئ أبر نخلا ثم باع أصلها فللذى أبر ثمر النخل الا أن يشترط المبتاع » ورواه الشافعي رضى الله عنه عن ابن عيينة عن الزهري عن سالم عن أبيه ، وهذا من أصح الأسانيد وأحسنها ، كله أئمة علماء ، ولفظه كلفظ المصنف لكنه قال : أن يشترط المبتاع بغير هاء ، وكذلك في بقية الحديث من طريق سالم ، ومن باع عبدا وله مال فالمال للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وجماعة الحفاظ يقولون هكذا بغير هاء في الموضعين • هكذا قال ابن عبد البر ، ونبه على أن المعنى الا أن يشترط المبتاع سائر ذلك ، فيدل على صحة اشتراط نصف الثمر أو جزء منها وكذلك في مال العبد ، وهو قول جمهور الفقهاء ، وسأعرض لهذا في فرع آخر الكلام ان شاء الله تعالى ، والغرض التنبيه على إسقاط الهاء من لفظ الحديث ، ولم أقف عليها في شيء من طرق الحديث ، وقول المصنف : نماء احتراز من الكنز والحجارة المدفونة والبذور •

( وقوله ) كامن احتراز من الزرع ، لأنه ظاهر من غير المؤبر كذلك ، وأن التين والعنب ونحوه ( وقوله : ) لظهوره غاية ، احتراز من الجوز واللوز والرمان والرنج ، لأنه لا غاية لخروجه من قشره • وانما يظهر بكسره ، فالرمان والموز للبائع قولاً واحداً ، والجوز واللوز والرنج له على الصحيح المنصوص ، فالثمرة المقصودة من دون الأشياء لا تظهر الا عند الأكل ، فهذا في معنى قولنا ليس لظهوره غاية ، وقد ورد في بعض الروايات : من باع ، وفي بعضها : من اشترى ، وكلها صحيح

سندا ومعنى • قال ابن عبد البر : لا يختلف أهل العلم بالحديث في صحة هذا الحديث وهو عند جميعهم ثابت صحيح •

( وقوله : ) أبرت يجوز تشديده وتخفيفه ، يقال أبر النخل مخففا يأبرها أبراً ، والتأبير هو التلقيح وهو أن ينتظر النخلة حتى إذا انشق طلوعها وظهر ما في بطنه وضع فيه شيء من طلع الفحال ، وقال بعضهم : هو أن تشقق ويؤخذ شيء من طلع الذكر فيدخل بين ظهرائي طلع الاناث فيكون ذلك باذن الله تعالى صلاحاً لها ، وهذه ( هي ) العبارة المحررة وقد يؤخذ سعف الفحال فيضرب في ناحية من نواحي البستان عند هبوب الرياح ، فيحمل الريح أجزاء الفحال إلى سائر النخل ، فيمنعه التساقط ، وفي عبارة جماعة ما يوهم أن التشقق داخل في مسمى التأبير ، وسنبين لك فيما سيأتي أنه ليس الأمر كذلك •

( أما الأحكام ) فبيع الشجر ، ان كان بشرط القطع جاز مطلقاً ، رطباً ويابساً ، وان كان بشرط القلع فإطلاق الأكثرين يقتضى الجواز أيضاً ، وقال الصيمرى : ان كان كالقفل لم يجز ، لأن أسفله غائب ، وان كان كشجر المصفر وما حفر من التراب جاز لأن الغائب منه غير مقصود ، وأطلق الصيمرى ذلك من غير تفصيل بين الرطب واليابس • وغيره صرح بجواز شرط القلع ويجعل المجهول تبعاً ، وان باع بشرط التبقية ، فان كانت الشجرة رطبة وليس الكلام فيما يشترط فيه القطع من الباب ، وان كانت يابسة قال المتولى : فسد البيع ، وان أطلق فالشهور الجواز ، وعلى مقتضى قول الصيمرى حيث لا يجوز شرط القطع ينبغى الحكم بالفساد •

إذا عرف ذلك فقال الأصحاب : يندرج في مطلق بيع الشجرة أغصانها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة ، فان كان الغصن يابساً والشجرة رطبة فالشهور لا يدخل ، لأن العادة فيه القطع كما في الثمار قال في التهذيب : ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم ، قال ابن الرفعة : أى إذا بيعت وقد استحق الجز ويدخل العرق أيضاً في مطلق بيع الشجرة • وكذا الأوراق ، وفي ورق التوت ونحوه خلاف

سيأتي تفصيله في كلام المصنف ، وفي أغصان الخلاف<sup>(١)</sup> التي تقطع أغصانه ويترك ساقه ، فإذا باع شجرته فالأغصان لا تدخل في العقد .

( أما ( الخلاف<sup>(١)</sup> الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ما ظهر منه للبائع ، وفي أصوله الخلاف الذي في أصول البقل قال ذلك القاضي حسين ، وعن الامام أنه قال هنا : انها تدخل أغصانها في البيع بلا خلاف ، وفي كتاب الرهن حكى فيها خلافاً وفي كتاب الوقف قال : انها بمنزلة الثمرة فتلخص أن الخلاف نوعان ( نوع ) يقطع كل سنة من وجه الأرض فهو كالقصب ( ونوع ) يبقى وتقطع أغصانه ، ففي دخول أغصانه في بيعه خلاف ( الأصح ) الدخول لأنها جزء منه ، ولا يدخل في بيع الشجرة الكرم الذي عليها ، قاله القاضي حسين في الفتاوى ، ولو كانت الشجرة يابسة ثابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة ، ولا يدخل مغرسها في العقد وجهاً واحداً قاله القاضي حسين ، وحكمها حكم سائر المنقولات ، ولا يشترط فيه القطع قاله القاضي حسين .

قال في التتمة : فلو شرط ابقاءها ففسد البيع كما لو اشترى الثمرة بعد التأخير ، وشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولو باعها بشرط القطع جاز وتدخل العروق في البيع عند شرط القطع ، وان كانت مجهولة تبعاً ، كذا قاله ، وقال الصيمري : لا يجوز بيع النخلة بشرط القلع ، لأن أسفلها غائب ، ولا يدخل عند شرط القطع ، بل تقطع عن وجه الأرض .

وان كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الابقاء أو بشرط القلع أو بشرط القطع اتبع الشرط ، وفيه عند شرط القلع ما تقدم عن الصيمري ولا يجب تسوية الأرض لأنه شرط القلع ، قاله في الفتاوى ، ولو أطلق جاز الابقاء أيضاً للعادة كما لو اشترى بناء استحق ابقاءه ، وليس كالزراع حيث يشترط القطع . لأن الشجرة تراد للبقاء : ولا يجوز للبائع أن يقلعها على شرط أن يغرم ما ينقصه القلع ، قاله الامام . وهو بما لا خلاف فيه . وكذلك اذا باع بناء مطلقاً قاله الامام . وهل يدخل المغرس في البيع ؟ فيه وجهان ، وقيل قولان ( أحدهما ) ويحكي عن أبي حنيفة نعم ، لأنه يستحق منفعته لا الى غاية ، وذلك لا يكون

(١) بضم الخاء وتشديد اللام .

الا على سبيل الملك ، ولا وجه لتملكه الا دخوله في البيع ( وأصحهما )  
 عند الامام والرافعي وغيرهما نعم ، لأن اسم الشجرة لا يتناولها .  
 وقد يستحق غير المالك المنفعة لا الى غاية ، كما لو أعار جداره  
 لوضع الجذوع ، وكذا الوجهان في دخول الأس في بيع البناء كما  
 تقدم ، قال الامام : وليس هذا كالخلاف في استتباع الأرض أشجارها ،  
 فان الفرع لا يستتبع الأصل ، ولكنه من جهة استحقاق لا محمل  
 له الا الملك يعني أن ذلك لا يكون اجارة للتأبيد ولا عارية لعدم جواز  
 الرجوع ، وان بذل أرش النقص فلم يبق الا جعله مبيعا تبعا ، فعلى  
 الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعتها المالك كان له أن يغرس  
 بدلها ، وله أن يبيع المغرس ، وعلى الثاني ليس له ذلك ، وهل يكون  
 ملكه لذلك من باب الاجارة أو الاعارة ؟ قال ابن الرفعة : يخرج فيه  
 من مقتضى كلام الأصحاب وجهان ( أحدهما ) اجارة كما قيل بمثله  
 في الصلح ، ولا يخرج على الجمع بين بيع واجارة ، لأن هذا يقع  
 ضمنا مع أن الصحيح جواز الجمع ، وهذا الوجه يتخرج من قول  
 جمهور الأصحاب أن البائع لا يتمكن من القلع وغرامة الأرش على  
 ما يفرغ .

وقال بعض الأصحاب فيما حكاه الامام في كتاب الرهن : ان له  
 القلع وغرامة ما ينقصه القلع كما يغرم المستعير في مثل هذه الصورة .  
 وعلى المعير أن يكون استحقاق على سبيل العارية قال ذلك ابن الرفعة ،  
 قال : وبه يتم ما أبديته تخريجا ، وهل يلزمه تسوية الحفر أو يخرج  
 على الخلاف في العارية ؟ وقال ابن الرفعة : يشبه أن يقال : ( ان  
 قلنا : ) الإبقاء يستحق كالعارية فكالعارية ، والا فلا يلزمه وجها  
 واحدا ، والخلاف في دخول المغرس والأس في البيع مثله مذكور في  
 الاقرار بهما واقامة البينة كما حكاه الامام في كتاب الصلح ونقله  
 ابن الرفعة عنه .

ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والمغراس هلا يتخيل  
 فيها ملك الأرض فان جهل المشتري الحال وقلنا بدخولها في البيع  
 لو كانت للبائع ، قال ابن الرفعة : فيشبه أن يقال : يثبت الخيار ، كما  
 اذا قلنا : الحمل يقابل بالثمن . ثم بان أن لا حمل ، ولا يبطل البيع  
 لأن ذلك انما وقع تبعا لا مقصودا . وهذا اذا كان الإبقاء مستحقا له  
 بطريق . باجارة أو غيرها .

( أما ) اذا كان في أرض مفعوبة فحكى الماوردي في كتاب الغصب في صحته وجهين ( أحدهما ) لا يصح لأن [ الاجارة تقتضى ] (١) الإبقاء وهو لا يستحقه في هذه الحالة ( والثاني ) يصح ويثبت الخيار وظاهر كلامه أن ذلك تفريع على أنه لا يملك عند الإطلاق وإنما يستحق الإبقاء وجريان مثل ذلك على قول المالك ، قال ابن الرفعة : والذي نعم به البلوى ولم نقف فيه على نقل أن يبيع البناء والأرض مستأجر معه ، ولم تنقض مدة اجارته وعلم المشتري منه ذلك فهل نقول يستحق الإبقاء في بقاء مدة اجارته بغير عوض ؟ كما لو كانت الأرض مملوكة له ولم يدخلها في العقد أو يستحق الأجرة كما يستحقها مالك المنفعة عليه بعد فراغ المدة ؟ فيه نظر واحتمال ، قال : والأشبه الثاني ، والعمل عليه في العرف ، ولو كانت الأرض قد أوصى له بمنفعتها دون رقبته وجاز له البناء والغراس فيها ثم باع ذلك فيشبه أن تلحق هذه بما اذا كان مالكا للأرض حتى لا تستحق عليه أجرة ، لا في حال حياته ولا بعد وفاته ( اذا قلنا : ) لا تبطل الوصية بموته كما هو المذهب ( أما ) اذا قلنا : تنتهي بموته حتى لا تنتقل المنفعة لوارثه ، كما هو محكى في الابانة والبحر فهو قريب من الاجارة ، والله أعلم .

وهذه الأحكام كلها جارية في جميع الشجر ، لا فرق بين النخل وغيره ، وقد استشكل ابن أبي الدم دخول المغرس في بيع الشجر ، ورأى القول به في غاية البعد من جهة أن الأرض قد تكون كثيرة الشجر ، فتشتبك عروقها في جميع الأرض ، فلا يبقى للأرض بياض على ظاهرها لتقارب الأشجار ، ولا في بطنها لاشتباك العروق ، وأثبتاتها يفضى الى أن يملك مشتري الغراس بشرائه جميع الأرض أو معظمها ، وأيضا فاما أن يملكه نازلا في طبقات الأرض على مسامتة العروق وفي جهة العلو الى وجه الأرض على مسامتة العروق . ولا نقول : انه يملك من الأرض ما يستتر العروق ، والبحث بها من الأرض والأول ظاهر البطلان لافضائه الى ملك الأرض بانتشار العروق .

( والثاني ) باطل لأنه يؤدي الى منع مالك من بيع أرضه من غير مالك الغراس ، لأن مالك الغراس قد ملك جملة من أجزائها وهي مجهولة

(١) ما بين المعوفين ليس في شوق .

وبيع المجهول باطل ، فقد أدى الى فسادة تفريعه على فاسد ، ويلزم عليه أيضا أنه اذا ملك شجرة صغيرة وملك مغرسها فلا شك في صغر المغرس الآن لصغر الشجرة وقلة عروقتها ، فاذا ابتلت الشجرة وسقيت وانتشرت عروقتها وامتدت الى مواضع لم تكن ممتدة اليها وقت الشراء ولا بعده بأشهر ، فيؤدى الى أنه لم يكن مالكا لمواضع من الأرض ، وكلما امتد عرق شبرا أو فترا في جزء من الأرض ملكه ملكا متجددا ، وهذا بدع في الشرع ، لا يصير اليه بجعل ، انتهى ما قاله ابن أبى الدم وهو بحث جيد .

اذا عرفت هذه المقدمة فاذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها وخصها لا خلاف في ذلك ( وأما ) الطلع فان كان غير مؤبر دخل ، وان كان مؤبرا لم يدخل للحديث الذى استدل به المصنف ، وهو يدل على الحكم الثانى بمنطوقه ، وعلى الأول بمفهومه . وكلام المصنف يقتضى أنه جعله مفهوم الشرط ، وكذلك فهمه صاحب الانتصار ، ويحتمل أن يكون مفهوم الصفة فانه جعل التأبير صفة للنخل ، وكذلك جعله الغزالي في المستصفى وغيره من الأصوليين من أمثلة مفهوم الصفة وكلاهما صحيح .

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : لنا من الحديث أدلة ثلاثة ( أحدها ) دليل الخطاب وهو دليل الشافعى رحمه الله تعالى منه ، وذلك أن الطلع له وصفان مؤبر وغير مؤبر ، فلمسا جعله النبى صلى الله عليه وسلم اذا كان مؤبرا للبائع دل على أن غير المؤبر للمشتري كما نقوله في سائمة الغنم زكاة .

( والثانى ) أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من باع نخلا بعد أن يؤبر فثمرتها للبائع » فجعلها للبائع بالشرط ، وهو أن تكون مؤبرة فعلم أنها اذا كانت غير مؤبرة فليست للبائع لعدم الشرط ، فمن قال : انها للبائع في الحالين فقد خالف من وجهين :

( أحدهما ) أن النبى صلى الله عليه وسلم جعلها للبائع اذا أبرت بهذا الشرط ، ولم يجعلها له بهذا الشرط .

( الثانى ) أنه — أعنى المخالف — جعل غير المؤبرة للبائع مع عدم الشرط .

( والدليل الثالث ) من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أما أن يكون ذكر التأخير تنبيها على أن غير المؤبر أولى بأن يكون للبائع ، وأما أن يكون لتعيين أن غير المؤبر لا يكون للبائع ، لا سبيل إلى الأول ، لأن المؤبر بائن ظاهر ، وغير المؤبر كامن مستتر ، وما كان مستترا فهو أولى بالتبعية من الظاهر بدليل الحمل ، فتعين الثاني وهو أن يكون المقصود أن لا يكون للبائع عند عدم التأخير ، وذكر الشيخ أبو حامد عن الشافعي من الاستدلال [ ما هو ] موجود في الأم فإنه قال : لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا حد (١) قال : « إذا أبر فثمرة للبائع » فقد أخبرنا بأن حكمه إذا لم يؤبر غير حكمه إذا أبر ولا يكون ما فيه إلا للبائع أو للمشتري لا لغيرهما ، ولا موقوفا فمن باع حائطا لم يؤبر فالثمرة للمشتري بغير شرط استدلالا موجودا بالسنة وقال قريبا من ذلك في الاملاء أيضا .

وقال في المختصر : إذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الإبر حد الملك للبائع فقد جعل ما قبله حد الملك للمشتري على أن كلام الشافعي في الأم يحتمل أن يكون جعله من مفهوم الشرط : وكلا المفهومين حجة عندنا على أن كلام الشيخ أبي حامد ومن تبعه يقتضي أنهم لم يريدوا بالوجه الثاني جعله من مفهوم الشرط ، بل أنه يدل عليه باللفظ وبه صرح القاضي أبو الطيب وفيه بعد إلا أن يريدوا أن اللفظ دل على كونه شرطا . والمخالف يقول : أنه ليس بشرط . فهذا الذي أرادوه — والله أعلم — راجع ، وهو بهذا التقدير صحيح ، ولم يريدوا أن اللفظ يدل على عدم الحكم عند عدم الشرط . ويمكن أن ينزل كلام المصنف على ما ذكره وأن ذلك ليس من باب المفهوم .

( وأما ) الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم وهو صالح لأن يستدل به في كل شرط أو صفة ، لكن القائلون بالمفهوم منهم من يجعله بمنزلة الملفوظ به وكأنه استقر في اللغة أنه إذا خص المذكور بالذكر اقتضى هذا قيام قول آخر له يتضمن نفى الحكم عما عداه انتفاء ظاهرا ، ومنهم من يجعل المفهوم مستندا إلى البحث عن طلب فوائد التخصيص ، فالوجه الأول ماث على الطريقة

(١) لعله حدد حيث هي في الأصل ( حد ، ط ) .

الأولى ، ولذلك نسب الدلالة الى اللفظ وكلام الشافعى الذى حكىته يشعر بذلك ؛ لكن الأنبارى فى شرح البرهان نقل عن الشافعى أن اختياره الثانى ، والوجه الثانى مستمر على الطريقة الثانية .

( وأما ) الثانى فقد نبهت على مراد الأصحاب به . وأنه ليس من باب المفهوم ولعل المصنف جعله من مفهوم الشرط لأنه أقوى عند كثير من أصحابنا من مفهوم الصفة ، وقال به جماعة من المنكرين لمفهوم الصفة . واعلم أن هذا الاستدلال يتجه عند من يرى المفهوم حجة وهم الأكثرون ، فقال بمفهوم الصفة الشافعى ومالك وأكثر أصحابنا وأكثر المالكية ونسبه القاضى عبد الوهاب الى مالك ، وممن قال به أبو الحسن الأثعري وأنكره ابن سريج والقفال هنا ، وقال ابن سريج بمفهوم الشرط .

( وأما ) الخصم المنكر لكل من المفهومين فلا يمكن الاحتجاج عليه بدفع مخالفه فى الأصل وكذلك بعض أصحابنا ممن أنكر المفهومين معا ، فكيف يمكنه التمسك فى هذا الفرع به . لكن الخصم فى الحاق غير المؤبرة بالمؤبرة يحتاج الى قياس . ولن يجده ومتى لم يثبت ذلك ولم يقيم دليل على تبعية غير المؤبرة وجب كونها للمشتري تبعا للشجرة . وكذلك قال بذلك من ينكر المفهوم والقياس كداود .

( فان قلت : ) بل يجب كونها للبائع عملا بالأصل وبقائها على ملكه .

( قلت : ) لا بد فى ادراجها فى انبيع من قياس أو عرف عند من ينكر القياس . واعتضد الأصحاب بما رواه الشافعى رضى الله عنه عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أن عطاء أخبره أن رجلا باع على عهد رسول الله ( صلى الله عليه وسلم ) حائطا ثمرا ، ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره فلما ثبت البيع اختلفا فى الثمر واحتكما فيه الى النبى ( صلى الله عليه وسلم ) ف قضى بالثمر للذى لقح النخل — البائع — وهذا من مراسيل عطاء ففيه اعتضاد على أنه لبس أصرح من الأول بكثير فان قوله — البائع — دليل على أنه أراد بالذى لقح المعهود لا العموم وحينئذ يعود الى أن ذكر الصفة هل يدل على نفى الحكم عما عداه ؟ هذا بحسب هذه الرواية . ونم أجد غيرها فيه عموم بحيث أثق بصحته . وروى ابن ماجه وعبد الله بن أحمد ابن حنبل فى مسنده عن عبادة بن الصامت قال : « قضى رسول الله

صلى الله عليه وسلم بثمر النخل لمن أبرها الا أن يشترط المبتاع وأن مال المملوك لمن باعه الا أن يشترط البائع » •  
 فأما رواية ابن ماجه ففي سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى :  
 وقال ابن معين : ليس بثقة ، فالحديث سنده ضعيف من هذا الطريق وذكر  
 المقاضى أبو الطيب الحديث الذى ذكره الشافعى رضى الله عنه ولفظه  
 « فجعل الثمر لمن أبرها » وقال : ذكر هذا الحديث أبو اسحاق فى الشرح ،  
 وأبو على الطبرى فى المحرر ، ونقله الشيخ أبو حامد عن الساجى  
 قال : وهذا نص ، وليست فى هذه الروايات زيادة على رواية مسلم  
 المتقدمة الا أنه ليس فى هذا الاستثناء اشتراط من المبتاع ، فالأولى  
 أن يستدل برواية مسلم ، وتعليق الحكم فيها بالوصف ودلالته على  
 أن ذلك [ حق البائع ]<sup>(١)</sup> وقال الماوردى : روى أن النبى صلى الله  
 عليه وسلم أنشد قول الأعرابى حين حرم عليه بعض ملوك الجاهلية  
 ثمرة نخلة له :

جذذت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ

فقال النبى ( صلى الله عليه وسلم ) :

« وكان الثمار لمن قد أبرأ » •

وكان ذلك منه اثباتا لهذا الحكم كما أنشد قول الأعشى

❖ وهو سر غالب لمن غلب ❖

فقال النبى ( صلى الله عليه وسلم ) : « وهو سر غالب لمن غلب » •

تثبيتا لهذا القول • وهذه الوجوه ذكرناها على جهة الاستئناس  
 والاعتضاد لا أنه يقوم بها بمفردها حجة والحجة ما تقدم ،  
 وله تنمة تأتى فى فرع مذاهب العلماء ، والله أعلم •

### فرع

#### فى مذاهب العلماء

وافقنا على دخول الطلع والتفرقة بين ما قبل التأبير وبعده  
 مالك وأحمد والليث بن سعد وداود بن على والطبرى • وقال ابن أبى ليلى :

---

(١) ما بين المعقوفين ليس فى ش و ق ( ط ) •

يدخل الطلع في بيع النخل بكل حال وقال أبو حنيفة رضى الله عنه والنكوفيون والأوزاعي : لا يدخل بكل حال مؤبراً كان أو غير مؤبر الا بالشرط فأخذ أبو حنيفة رضى الله عنه بالمنطوق دون المفهوم وأخذ الشافعي رضى الله عنه بالمنطوق والمفهوم معا ولم يأخذ ابن أبى ليلى بالمنطوق ولا بالمفهوم واحتج من نصر قوله بأنه متصل بأصل الخلقة فأشبهه السقف والأغصان والصوف على ظهر الغنم .

( وأجاب ) أصحابنا رحمهم الله بأن هذه الأشياء انما دخلت لأنها أجزاء وليست بنماء بدليل أن الحيوان يولد وعليه الصوف والنماء ما لا يكون أصلاً .

( وأما ) الثمرة فانها نماء ( وردوا ) هذا القول بما تقدم من السنة والاستدلال .

( واحتجت ) الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها . وبأنها يجوز افرادها بالمعقد فلم تتبع الأصل كالمؤبرة ، وبالقياص على طلع الفحال ، وبأنها نماء لها حال اذا انتهت اليه أخذت فلم تتبع الأصل كالزراع في الأرض . وبأن الزرع لا يتبع الأرض في حالة ظهوره ولا في حالة كونه فكذلك الطلع : وبأنه لا يختلف قول من شرط التأبير أنها اذا لم تؤبر حتى انتهت وصارت بلحا أو بسرا ثم بيع النخل أن الثمرة لا تدخل فيه . قالوا : فعلمنا أن المعنى في ذكر التأبير ظهور الثمرة وبأن الطلع لا يتبع في الرهن فكذلك في البيع كالمؤبرة .

( وأجاب ) الأصحاب بعد التمسك بالحديث ( عن ) الأول بمنع كونها برزت عن الأصل فانها في غلافها ( وعن ) الثاني بأنها لا تسلم جواز افرادها بالمعقد على رأى أبى اسحاق المروزي لأن المقصود مغيب فيما لا يدخر فيه فهو بمنزلة الجوز في القشرة العليا . ولئن سلمنا فجواز الافراد لا يدل على عدم التبعية . الا ترى أن من باع دارا فيها نخلة دخلت النخلة في البيع تبعا ويجوز افرادها بالتبعية ( وعن ) الثالث بأن الصحيح عندنا أن طلع الفحال كقطع الاناث ، ولو سلم فافرق أن طلع الاناث المقصود منه ما في جوفه . وطلع الفحال هو المقصود على وجهه ( وعن ) الرابع بأن الزرع بماء برز عن الأصل بخلاف الثمرة ( وعن ) الخامس بأن الزرع ليس من أصل

الخلقة فلذلك لم يتبع بخلاف الثمرة فانها مستترة في السجرة من أصل الخلقة .

( والجواب ) عن السادس أنها قيل التشقق غير ظاهرة لأن الثمرة المقصودة مستترة في الكمام ، فحيث ظهرت عن الكمام اما بالتأبير أو بغيره . كانت للبائع فمن جعلها للبائع من غير تأبير ولا ظهور كان مخالفا للفظ الحديث ومعناه ( وعن ) السابع من وجوه : ( أحدها ) أن الشافعي رضى الله عنه قال في القديم : يدخل الطلع في الرهن تبعا للأصل .

( والثاني ) أن الرهن لا يزيل الملك ، والبائع يزيل الملك .

( والثالث ) أن المعنى في المؤبرة أنها أخذت تشبها من الولد المنفصل وشبها من الجنين فتعارضاً ، وبقيت على حكم الأصل وهو ملك البائع ولا كذلك الكامنة .

( نقطة ) استدلال الأصحاب وقول المصنف رحمه الله : ولأن ثمرة النخل كالحمل الى آخره هو من كلام القاضي أبي الطيب ، ولذلك الأصحاب قاسوه على الحمل - الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهم ، وتقدمت الاحترازا التي فيه ، لكن الشافعي رضى الله عنه في الأم في هذا الموضع قال : وتخالف الثمرة المؤبرة الجنين في أن لها حصة من الثمن ، لأنه ظاهر ، وليست للجنين لأنه غير ظاهر ، ولولا ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك لما كان الثمر مثل الجنين في بطن أمه لأنه يقدر على قطعه والتفريق بينه وبين شجره ، ويكون ذلك مباحاً منه ، والجنين لا يقدر على اخراجه حتى يقدر الله تعالى له ولا يباح لأحد اخراجه ، وانما جمعنا بينهما حيث اجتمعا في بعض حكمهما بأن السنة جاءت في الثمر لم يؤبر بمعنى الجنين في الاجماع فجمعنا بينهما خبراً لا قياساً اذ وجدنا حكم السنة في الثمر لم يؤبر كهكم الاجماع في جنين الأمة ، وانما مثلنا فيه تمثيلاً ليفقه من سمي من غير أن يكون الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يحتاج الى أن يقاس على شيء بل الأشياء تكون تبعا له .

هذا كلام الشافعي رضى الله عنه ، وهو يقتضى الفرق بين الثمرة والحمل والاعتماد في ذلك على الحديث وحده ، وكما دل الاجماع في

الحمل على الفرق بين ما قبل ظهوره وما بعده ، كذلك دلت السنة في الثمرة على الفرق بين ما قبل التأبير وما بعده ، وكلام الشافعي في هذا الموضوع صريح في أن الحمل لا يقابله قسط من الثمن على غير الأصح عند الأصحاب ، والأصحاب ذكروا في أن الثمرة هل يقابلها قسط من الثمن طريقتين ( أحدهما ) القطع بالمقابلة كما هو نص الشافعي ( والثانية ) تخريجها على قولين كالحمل وهي ضعيفة لمخالفتها للنص ، ورجحها الرافعي في باب الرد بالعيب ، وقصد الشافعي رضي الله عنه بذلك تشبيهه قبل ظهوره بالثمره غير المؤبرة ، ثم ذكر الفرق بينهما من جهة القدرة على فصل الثمرة عن الشجرة بخلاف الحمل ، والأصحاب قاسوا عليه ولم ينظروا الى هذا الفرق ، وذكروا اعتراضات على القياس وانفصلوا عنها •

( أما ) الاعتراضات فان المعنى في الحمل لا يجوز افراده بالعقد فلذلك كان تبعاً ، وليس كذلك الثمرة لأنه يجوز افرادها بالعقد على رأى ابن أبي هريرة وهو الصحيح عند طائفة ، وهذا قريب مما قاله الشافعي رضي الله عنه وليس اياه ، وبأنه لو كان الطلع كالحمل لوجب أن تكون الثمرة للمشتري وان كانت قد ظهرت لأنها متصلة بالأصل • وبأنه لا يجوز للبائع استثناء الحمل لنفسه ويجوز له استثناء الطلع لنفسه ، وانفصلوا عن الأول بأبواب اندار فانه يجوز افرادها بالعقد ومع ذلك تتبع وانما لم يجز العقد على الحمل وجاز على الثمرة لأن الحمل جار مجرى أبعاض الأم ، فلما لم يجز العقد على أبعاضها لم يجز على حملها والثمره قبل التأبير تجرى مجرى أغصان الشجرة ، فلما جاز العقد على أغصانها جاز على ثمرها •

( وعن الثاني ) بأنها اذا كانت كامنة في الطلع فهي بمنزلة الحمل لا أصل لها غيره ، فأما اذا ظهرت من الطلع فقد أخذت شبةا من الولد المنفصل عن الأم لأنها ظاهرة كالولد وأخذت شبةا من الجنين لأنها متصلة بالأصل كاتصال الجنين بالأم ، وليس أحدهما أولى من الآخر • فتعارضوا وبقيت الثمرة على ملك البائع كما كانت •

( وعن لثالث ) أنه يجوز للبائع استثناء السقف والأغصان ومع ذلك اذا لم يستثن دخلت في البيع •

( فائدة ) كلام الشافعي رحمه الله المتقدم كالصريح في افادة

الاجماع على دخول الحمل في بيع الأم ، وقد روى عن محمد بن سيرين وغيره انهم أجازوا بيع الأمة واستثناء ما في بطنها وليس مجرد ذلك مصادما للاجماع المذكور ولكن ابن المغلس الظاهري قال عن أصحابهم : ان تبعية الحمل للأم قول أكثر العلماء وان النظر يوجب أن يكون الحمل للبائع لأنه غيرها وليس كعضو منها الا أن يمنع من ذلك ما يجب التسليم له ، فنسبة ابن المغلس ذلك الى أكثر العلماء يشعر بخلاف إذ أنه رأى ذلك من كلامهم ولم يعلم في المسألة اجماعا ، ومحل الجزم في دخول الحمل اذا كان مملوكا لرب الحيوان بشرط أن يكون البيع قد وجد باختياره .

قال ابن الرفعة : وفي معناه كل تمليك جرى بالاختيار من المالك اما بنفسه أو بوكيله وفي معنى ولى المحجور عليه لصغر أو سفه أو فلس ، وهل الاستتباع في هذا الأجل رضا بانتقال الملك في الأم عنه القائم فيه مقامه وكيله أو وليه وكذا عند بيعه عليه قهرا أو لأجل أنه لم ينتقل الملك فيها عنه الا بعوض ؟ فيه معنيان تخرج عليهما مسائل ذكرها الامام في باب الخراج بالضمان .

(منها) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد كما قال لا ، والتقديم أنه يتبعها كما في البيع : ومثلها جار فيما لو رهن الجارية الحامل لأنه في المسألتين راض بخروج الملك في الأولى وبتعلق الحق في الثانية لكن لا بعوض أجريا أيضا فيما لو رهنها حائلا فحملت .

(ومنها) لو خرجت عن ملكه بعوض لكن لا برضاء ، كما اذا رد عليه عوضها بعيب وكانت قد حملت في يده أو رجع فيها بائعها عند فلسفه وهي حامل وقد كانت حائلا عند ابتياعه لها هل يتبعها الحمل ؟ قولان .

( قلت ) قضية الأخذين أن الأب لو رجع في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل ثم حملت أن لا يتبعها الحمل قولاً واحداً لأنه لا عوض ولا رضا مع ذلك فقد حكى الامام في التبعية قولين ، قال الامام : والفرق أن عقود الاجبار بالعوض تستدعى بعد البيع عن الغير ، ولو نفذنا البيع ونحوه على الجارية دون الحمل لجر ذلك عسرا

وما يجرى من الارتداد فهذا ليس في حكم العقود ، فجرى الأمر في  
التبعية على التردد .

قال ابن الرفعة : وحيث نقول الحمل لا يتبع الأم في الرد بالعيب  
ونحوه ، ظاهر كلامهم أن الرد صحيح لا يمنع منه كما لم يمنع منه  
افضاؤه في التفريق بين الأم والولد على رأي ولو كان الحمل حين البيع  
مملوكا لغير البائع بوصية أو غيرها فلا يندرج الحمل في البيع ، وهل  
يصح البيع ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يرتب على إستثناء الحمل ( ان  
قلنا ) يصح فهنا أولى والا فوجهان :

.. قال القاضي حسين في كتاب أمهات الأولاد قال : اذا كان متزوجا  
بأمة فحملت منه وأوصى له بحملها جاز له أن يشتري الجارية على وجه  
يعنى لأنه صار جدا قال : ولا خلاف أنه لا يجوز بيعها من غيره ،  
ومثل الوجه في بيعها منه اذا أوصى له بحملها مذكور فيما اذا باعها  
من مالك الحمل ، والله أعلم .

( قاعدة ) العقود التي يملك بها النخل والتمر أربعة أضرب  
( أحدها ) عقد معاوضة على وجه المراضة كالبيع والصلح والصدق  
والخلع والاجارة كما اذا أجر داره مدة بنخلة مطلقة فهذه العقود  
تتبعها الثمرة غير المؤبرة ولا تتبعها المؤبرة .

( والضرب الثاني ) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضة كما  
لو باعه نخلا فأطلعت في يد المشتري ثم فلس فرجع البائع في عين  
ما له فهل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له ؟ فيه وجهان ( أحدهما )  
عند الروياني التبعية ، وكما اذا رهن نخلا فأطلعت . فحل الدين  
والطلع لم يؤبر ، فبيع المرهون جبرا من غير رضا الراهن هل يدخل  
الطلع في البيع أم لا ؟ فيه وجهان ، وقطع الروياني هنا بالتبعية لأنه  
وجد منه الرضا بهذا البيع عند الرهن ، وقد أطلقوا على هذين القسمين  
أنهما من عقود المعاوضات التي على غير وجه المراضة . وقد يتوقف  
في اطلاق العقد على الرجوع في الفلس ، والأمر في ذلك قريب . ومن  
عد ذلك في عقود المعاوضات أراد به البيع الذي يرتب الرجوع  
عليه ، وحكى الجرجاني الوجهين أيضا في بيع نخيل المفلس في  
دينه .

( الضرب الثالث ) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية هل تكون الثمرة التي لم تؤبر تبعا له ؟ على وجهين ، ومثل أن يهب نخلا لولده فيطلع فيرجع في هبته هل يتبع الطلع النخل ؟ على وجهين (الصحيح) من المذهب ما قال الماوردي هنا أن الوالد لا يسترجع الثمرة ، وعد هذا القسم أيضا من هذا الضرب اعتبارا بالعقد المبني عليه كما تقدم ، وعد هذان الوجهان في كل هذه المسائل التي في الضربين ، قال الشيخ أبو حامد وغيره : أصلها مسألة واحدة ، وهي إذا رهنه نخلا عليها طلع لم يؤبر ، هل يدخل في الرهن بإطلاق العقد ؟ أم على قولين ؟ قال القاضي أبو الطيب : قال في الجديد : لا يدخل لأن الرهن لا يزيل الملك ، وكان يقول في القديم : يدخل على طريق البيع ، ثم رجع عنه في الجديد •

( الضرب الرابع ) ما لم يكن من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذا على وجه المراضاة كالطلاق قبل الدخول إذا استرجع به نصف المهر ، وكان قد أصدقها نخلا لا طلع عليها ، ثم أطلعت وطلقتها قبل التأبير وقبل الدخول ، فهنا لا تتبع الثمرة الشجرة ولا ترجع إلى الزوج قولاً واحداً ، قال الماوردي : لا يختلف المذهب فيه وقال الشيخ أبو حامد : أنه ليس لنا موضع لا يتبع الطلع قبل الإبر الأصل إلا في هذه المسألة يعني قولاً واحداً ، وتعليقه أن الصداق إذا كان زائداً زيادة متصلة غير متميزة كالسمن والكبر والصنعة لا يرجع به وإنما يرجع بنصف قيمته يوم أصدقها فإذا لم يرجع بالزيادة التي لا تتميز فلان لا يرجع بالطلع أولى فان أراد أن يرجع بنصف النخلة دون الطلع فان له ذلك ويترك الطلع إلى أوان الجذاذ وجعل الماوردي من هذا القسم الوالد إذا رجع فيما وهبه لولده ولم يكن للوالد استرجاع الثمرة معه على الصحيح من المذهب وفهم عنه الروياني القطع بذلك فقال : وفي الحاوي ، وعلى هذا الوالد لا يسترجع في الهبة من الولد غير المؤبرة قولاً واحداً ، لأنه لا معاوضة ولا تراض •

( فرع ) قال صاحب التلخيص فيما شذ عن أصول الكوفيين يعني الحنفية أنه إن رهن أرضاً أو أقر بها دخلات الثمار يعني عندهم وهذا يرد عليهم في كونهم يقولون : لا يدخل في البيع ولا في غيره إلا في هاتين المسألتين •

( فرع ) وأما قول المصنف رحمه الله : قال الشافعى رحمه الله : وما تشقق فى معنى ما أبر لأنه نماء ظاهر فهو كالمؤبرة ، فهو كذلك فى الأم والمختصر ، وإن لم يكن بلفظه ، والقياس الجلى ظاهر فى ذلك ، لأن الاعتبار بظهور الثمرة ، فلا فرق بين أن تظهر بعلاج أو بغير علاج أو تشقق بالرياح اللواتح ، وهو أن يكون فحول النخل فى ناحية الصبا ، فتنب فى وقت الابار ، فإن الابار تتأثر بروائح طلع الفحول ، قال الشيخ أبو حامد : بل ظهورها بنفسها أولى ، قال الشافعى رحمه الله عليه فى البويطى : الابار فى النخل اذا انشق الخف وبدت الثمرة فهو وقت الابار ، أبر أو لم يؤبر ، قال الماوردى : وقد يكون من أنواع النخل ما يكون ترك تلقيحه أصح للثمرة .

ومن كلام الشافعى والبويطى المذكور يستفاد أن التأبير اسم لوضع طلع الفحال فى الاناث بعد تشققها لا لنفس التشقق ولا التشقق ، وهو معنى قول الأصحاب : ان وقت التأبير قائم مقام التأبير . وإن وضع الكش بعد تشقق الثمرة ليس بشرط فى سلامة ذلك للبائع . والتبعية فى المبيع وعدمها منوطة بالتشقق ، لا بوضع طلع الفحال فيها . فيكون ذكر التأبير غالبا والنخل تارة يتشقق بنفسه فيلحق بعد ذلك . وتارة يبلغ أو ان التشقق ولم يتشقق بعد ويشقق ويفعل ذلك به . وقال ابن الرفعة ما معناه : أنا انما اتبعنا المعنى هنا ، ولم نتبع اللفظ ، ولا أجرينا فيه خلافا ، لأن المعنى قوى بأصل بقاء ملك البائع ، ولا يعارض ذلك بأن تركه التأبير عند امكانه كالاعراض فتجعل تابعة لمقتضى مفهوم الحديث لضعف عموم المفهوم .

وقال ابن عبد البر فى التمهيد : لم يختلف العلماء أن الحائط اذا تشقق طلع انائه فأخر اباره وقد أبر غيره ممن حاله مثل حاله ، أن حكمه حكم ما أبر ، لأنه قد جاء عليه وقت الابار وظهرت ثمرته بعد تغيبها فى الخف . وما ذكره هؤلاء الأئمة هو الممول عليه وقال ابن حزم الظاهرى : انه لو ظهرت ثمرة النخل بغير ابار لم يحل اشتراطها أصلا وجمد جمودا عجيبا . فقال : لا يجوز فى ثمرة النخل الا الاشتراط فقط . ( وأما ) البيع فلا ، حتى يصير زهوا غاذا هو صار زهوا (١)

(١) الزعو السر الملون بفال اذا ظهرت الحمره وانصفرة فى النخل فقد ظهر فيه الزعو ( المطبعى ) .

جاز في الاشتراط والبيع مع الأصول ودونها وليس هذا الحكم الا في النخل المأمور خاصة : ولم يطرده في غير النخل من الشجر . ولا في النخلة الواحدة والنخلتين ، وهذا جمود عجيب ينكره الفهم ، وعدم طرده اياه في النخلة والنخلتين بناء منه على أن النخل اسم جمع ، ولمخالفيه أن يقولوا : انه اسم جنس ، فان العرب لم تلزمه تاء التأنيث قال الله تعالى : « أعجاز نخل منقمر » (١) وإذا كان اسم جنس شمل القليل والكثير كتمر وسائر ما مؤنثه بالنساء مما لم تلزمه العرب كالتخم والبهيم بخلاف الرطب ، فانهم قالوا فيه هو الرطب كما لم تلتزم فيه العرب التأنيث يصح أن يكون اسم جنس ، والنخل من هذا القبيل ، والله أعلم .

( فرع ) دل الحديث على أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن يشترط المبتاع أى كل الثمرة للبائع الا أن يشترط المبتاع كلها أو شيئاً منها ، كالنصف والثلث ، وأى جزء كان معلوما فلا تكون كلها للبائع ، بل على حسب الشرط ، والعموم في الأول مأخوذ من الاضافة من قوله : فثمرتها ، والاطلاق في الثاني مأخوذ من عدم الهاء كما تقدم التنبيه عليه في لفظ الحديث ، وبه يقول جمهور العلماء ، ومنهم أشهب من المالكية ، وقال مالك وابن القاسم : لا يجوز أن يشترط بعضها ، وكذلك قال مالك وداود : وفي مال العبد لا يجوز الا أن يشترطه كله أو يده كله .

( فرع ) هذا الاشتراط هل حكمه حكم البيع أو لا ؟ قد تقدم كلام الشافعى أنه يقابله قسط من الثمن فذلك يدل على أن حكمه حكم البيع عنده ، ومشهور مذهب مالك أن الثمرة اذا اشترطها مشتري الأصل أو اشتراها بيد أنها لا حصة لها من الثمن : ولو أجيحت كلها كانت من المشتري . وتمسك ابن حزم في أن هذا الاشتراط ليس ببيع بنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمرة حتى ترهى : وحمل هذا على عمومه . والقائلون بأن الاشتراط بيع يحتاجون لى تخصيص هذا الحديث أو تأويله على بيعها وحدها .

( فرع ) قال أصحابنا : يحصل تسليم الشجرة مع كون الثمار المؤبرة عليها للبائع : وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : لا يحصل الا بعد

قطع الثمار ، وممن صرح بهذا الفرع القاضي حسين ، وفرقوا بينها وبين الأرض المشغولة بالزراع على وجه بأن منفعة الشجرة تافهة .

( قسرع ) فأما غير المؤبرة فقد علم أنها عند الاطلاق تكون للمشتري ، فلو اشترطها البائع فلا خلاف في الجواز ، وإن اختلفوا في جواز افرادها في البيع ، فإن ذاك بيع حقيقي وهذا استجد فيصح ، قال القاضي أبو الطيب : قال في كتاب الصرف فذلك جائز ، لأن صاحب النخل نزل عليه تسوية الثمرة في نخله حين باعها إياه إذا كان استثنائها على أن يقطعها ، فإن استثنى على أن يقرها فلا خير في البيع لأنه باعه ثمرة لم يبد صلاحها على أن تكون مفردة الى وقت قد تأتى عليها الآفة قبله ، قال القاضي أبو الطيب : وهذا الكلام يقتضى أن من باع نخلا قبل التأبير واستثنى الثمرة لنفسه لم يجز إلا بشرط القطع ، وليس يقول بهذا أحد من أصحابنا ، لأنه يجوز أن يشترط مطلقا ، وإنما شرط القطع في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها .

( قلت : ) قد قال به بعض الأصحاب تخريجا على أن المشرف على الزوال هل يجعل كالزائل ؟ فإن الثمرة بالبيع قد أشرفت على زوالها عن البائع وبالإستثناء كأنها رجعت اليه فأثبتت الداخلة في ملكه ابتداء ، فذلك شرط شرط قلعهما ، والوجهان مشهوران في طريقة المراوزة حكاهما للقاضي حسين وغيره ، وجعلوا هذه قاعدة أن ما أشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟ وخرجوا على ذلك مسائل :

( منها ) إذا باع دارا واستثنى منفعتها لنفسه سنة هل يصح ؟ كما لو باعها ثم استأجرها أو لا يصح ؟ فيه الوجهان ، فإن قلنا هناك : يصح ، فهنا يجب القطع في الحال ، وإن قلنا هناك : لا يصح ، فهنا يصح ، ولكن لا يجب القطع في الحال ، هكذا قال القاضي حسين .

( ومنها ) إذا جنى المدبر جناية تستغرق قيمته ، ثم مات السيد ، ولم يخلف غيره ففداه الورثة حكمنا بنفوذ العتق . وفي الولاء قولان ( أن قلنا ) المشرف كالزائل العائد فالولاء للورثة : والا فللعتق . ومنهم من يؤول نص الثامفى على ما إذا باع الشجرة مطلقا ثم اشترى من المشتري الطلع : فانه يجوز بشرط القطع : هكذا قال القاضي حسين وغيره : وممن جزم بظاهر النص الماوردى على ما حكى الرويانى عنه :

لكن أكثر العراقيين جازمون بانكار ذلك ، وأن ما نقل عن كتاب الصرف خطأ في النقل ، لأن حرملة نقل اذا كان اشتراها على أن يقطعها فان اشتراها على أن يقرها فلا خير في البيع ، فوقع الخطأ في النقل من قوله : اشترى الى قوله استثنى ، ووافقهم القفال على هذا .

والقاضي حسين أيضا صحح خلاف ظاهر النص ، وحمله تأويله أنه أراد به اذا باع النخل قبل التأبير فكانت الأصول والثمرة للمشتري ثم اشترى البائع الثمرة منه قبل بدو الصلاح لم يجز الشراء الا بشرط القطع ، ولكننا نعود الى الكلام في ذلك عند بيع الثمار .

( وأما ) الحديث فليس فيه تعرض لذلك ، نعم قد يقال : اذا كان مقتضاه أن يكون للمشتري فينبغي اذا شرطت للبائع لا يصح كالحمل ، كما لا يصح استثناءه لا يصح ههنا ، فما وجه جزم الأصحاب بصحته ؟ ونظرهم بعد ذلك في أنه هل يشترط شرط القطع أم لا ؟ ( والجواب ) عن هذا أنها ليست كالحمل من كل وجه كما تقدم ، وقد تقدم خلاف في جواز افرادها بالبيع ، فان قلنا به فلا اشكال في جواز استثناءها ، وان قلنا بقول أبي اسحاق المروزي وهو أنه لا يجوز افرادها بالبيع فذلك ، لأن المقصود فيها مغيب ، ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز استثناءها ، فانه لا يشترط في المستثنى ما يشترط في المبيع . وقال المالكية : ان شرطها البائع لم يجز ، وكأن المشتري باعها قبل بدو صلاحها .

( فرع ) اذا قلنا بأنه اذا استثنى الثمرة يشترط شرط القطع مطلق ، قال الامام : دل كلام الأئمة أن الاستثناء باطل والثمرة للمشتري ، قال : وهذا مشكل جدا ، وأن صرف الثمرة اليه مع التصريح باستثناءه محال عندي ، فالوجه عد الاستثناء المطلق شرطا فاسدا مفسدا للعقد في الأشجار ، ويكون كاستثناء الحمل . وهذا الذي ذكره الامام هو الذي جزم به الماوردي ، وأنه يفسد البيع تفريعا على هذا القول ولم يذكر غير ذلك وذكر الماوردي أيضا تفريعا عليه أنه لو استثنى نصف الثمرة فسد العقد لتعذر اشتراط القطع .

( فرع ) اذا بقيت الثمار غير المؤبرة للبائع بالاستثناء قال الامام : فان لم يشترط التقييد يعنى بشرط القطع رأينا الابقاء . وان شرطنا أوجبنا الوفاء ، ولا خلاف أن الثمار المؤبرة اذا بقيت ولم بيد الصلاح فيها لا يستحق عليه قطعها وان كان يشترط في صحة

بيعها اذا أفردت شرط قطعها ( قلت : ) لأنها لم تشرف على الزوال .  
فان العقد المطلق والحالة هذه لا يقتضى دخولها ، بخلاف ما قبل  
التأبير ، وكيفما قدر فظاهر المذهب أنه لا يشترط في الاستثناء شرط  
القطع ، والله أعلم .

( فرع ) قال الماوردى : انه لو استثنى البائع نصف الثمرة  
بطل العقد ، لتعذر اشتراط القطع به ، وهذا منه بناء على أمرين  
( أحدهما ) وجوب اشتراط القطع ( والأصح ) خلافه ، وقد تقدم  
الكلام فيه قريبا ( والثانى ) أن امتناع القطع مبنى على منع القسمة :  
وسأنتى الكلام فيه في بيع نصف الثمرة شائعا قبل بدو الصلاح ،  
والله أعلم .

( فرع ) قد علمت أن هذه المؤبرة عند الاطلاق للمشتري ، فلو  
تلفت في يد البائع قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ، ان شاء فسخ  
البيع لتلف بعض المبيع قبل القبض ، وان شاء أجاز في الأصول  
بجميع الثمن أو بحصته على القولين في تفريق الصفقة ، وليس كما  
إذا قطعت يد العبد ، فانه ان أجاز يجيز بجميع الثمن قولا واحدا على  
المشهور ، لأن الثمن لا يتقسط على الأطراف ، ويتقسط على الثمرة  
كما تقدم من نص الشافعى رضى الله عنه ، ومن صرح بهذه المسألة  
القاضى أبو الطيب والمحاملى والرويانى ، وكذلك لو كانت مؤبرة واشترضا  
المشتري لنفسه ثم تلفت . وعن البويطى قول آخر في مسألة العبد  
أنه يأخذه بحصته من الثمن . وعن القاضى أبى حامد أن هذا لا يصح  
على مذهب الشافعى رضى الله عنه . ومن أصحابنا من خرج تلف الثمرة  
غير المؤبرة على القولين في أن الحمل هل يقابل بقسط من الثمن ؟  
وهو مردود لنص الشافعى رضى الله عنه على خلافه .

( فرع ) باع نخلة مطعة ولم يقل للمشتري : انها مؤبرة ،  
ولم يعلم المشتري بتأبيرها ، ثم علم . كان الخيار . قاله الشافعى  
رضى الله عنه والأصحاب — القاضى أبو الطيب والرويانى والمتولى —  
وعلاوه بأن بقاء الثمرة ربما أضر بالشجرة في سنة أخرى . فان من  
الأشجار ما يحمل سنة ولا يحمل سنة . أو يقل في سنة ويكثر في سنة ،  
وأيضا فانه يحتاج الى الدخول في ملكه . وربما يتأذى به . قال

ابن الرفعة : ولا يقدح ذلك في البيع قولاً واحداً . وإن قدح في الزرع على وجه : لأن هذه المنفعة تافهة بخلاف منفعة الأرض .

( فرع ) بيع الطلع في قشره مفرداً مقطوعاً على الأرض : أو على النخل بشرط القطع ، فيه وجهان ( قال ) أبو اسحاق : لا يصح : لأن المقصود من الطلع ما في نفسه وهو مستور بما لا مصلحة له فيه ( وقال ) ابن أبي هريرة : يصح ، لأن الجميع مأكول ، والمأكول إذا استقر بعضه جاز بيعه ، والأول أصح عند المحاملي وصاحب العدة والشيخ أبي حامد فيما نقل عنه ، والثاني أصح عند الشيخ أبي حامد والمأوردى والقاضي الطبري والرويانى والجرجاني ، وقال الامام : ان معظم الأصحاب ذهبوا اليه ، وان صاحب التقريب حكى فيه قولين : وبناءهما على بيع الحنطة في سنبلها ، ونقل ابن الصباغ عن أبي حامد أنه اختار قول أبي اسحاق .

ثم المجوزون لذلك انما يجوزونه بشرط القطع اذا كان على النخل ، كما دل عليه كلام ابن الصباغ والرويانى وغيرهما ، وهو ظاهر . والمسألة المذكورة في الكتاب في باب النهي عن بيع الغرر وشرحها النووى هناك ولا خلاف أن قوت التأبير لا يكون لوجود التأبير ، قال صاحب التتمة : كما أن الاعتبار بولادة الجارية لا بوقت الولادة . وسيأتى في كلام الامام ما قد يتوهم منه خلاف ذلك ، ونذكر تأويله هناك ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة : اذا شقق الطلع قبل أوان تشققه فهو للمشتري ، وان شقق في أوانه فهو للبائع ، وان لم يتشقق بنفسه ولا شقق في أوانه فهل يكون للبائع اقامة لوقت انتشقق مقام التشقق أو لا ؟ فيه نظر واحتمال ( قلت : ) وهذا الاحتمال باطل ، والحكم كما مر مع الظهور وجوداً أو عدماً .

( فرع ) قال الشيخ أبو محمد : اذا أبر الطلع وحكمنا ببقائه للبائع فصرم الكمام للمشتري ، فانه يترك على النخلة . نقله عنه في النهاية ، وجزم به في الروضة نقلاً عن البسيط عند الكلام فيما يدخل تحت اسم الشجرة .

( فرع ) باع نخلة لم يخرج طلعمها فانه يخرج طلعمها على ملك المشتري . فلو استثناء البائع بطل البيع قاله الخوارزمي في الكافي .

( فرع ) لو شرط غير المؤبرة للمشتري قال في التهمة : كان تأكيدا ولك أن تقول : يصير كشرط الحمل اذا صرح به ، وفيه خلاف ، وسيأتى نظيره فيما اذا باع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ، قالوا فيها : يصح ، وسيأتى البحث المذكور فيها وهو هنا أقوى لأن المؤبرة التي لم يبد صلاحها يجوز بيعها بمفردها قولاً واحداً ، ولكن يشترط فيه شرط القطع ، وغير المؤبرة لنا في بيعها مفردة خلاف ، فمن يقول بعدم الصحة يوجب الحاقها بالحمل ، فإذا صرح بدخولها كان كما لو صرح بدخول الحمل ، وفيه خلاف ( والأصح ) عند الرافعي بطلانه ، والله أعلم .

( فرعان ) ذكرهما أبو العباس بن سريج ، ونقلهما الشيخ أبو حامد في تعليقه عنه .

( أحدهما ) اشترى نخلة فأثمرت في يد البائع ، فالثمره للمشتري ، ولا يكون شيء من الثمن مقابلاً لها ، وهي أمانة في يد البائع فان سلمها استقر البيع في النخلة . وخرجت الثمرة من أمانته ، وان تلفت انفسخ البيع في النخلة ، وعليه رد ثمنها ، ولا شيء عليه لأجل الثمرة : وان تلفت الثمرة سلم النخلة وأخذ جميع الثمن ، وان سلمت الثمرة وتلفت النخلة سقط جميع الثمن عن المشتري ، وأخذ الثمرة ولا شيء للبائع .

( الثاني ) اشترى أرضاً عليها نخيل مؤبرة ، واشترط كل ذلك . وكانت قيمة الجميع متساوية فحدثت ثمرة أخرى قبل أن يتسلمها : فالثمرة الحادثة في ملك المشتري . فان أكل البائع الثمرتين جميعاً كان عاصياً فيهما ، وعليه بدل الثمرة الخارجة ان كان أكلها رطباً فثمنه وان كان أكلها تمراً فمثله . وأما الخارجة فالمشتري بالخيار لأجلها . فان فسخ البيع رجع بجميع الثمن ، وان أجاز فعلى القولين في جناية البائع ( ان قلنا : ) كالألفة السماوية أجاز في الأرض والنخل بحصتهما من الثمن ( وان قلنا : ) كالأجنبي أعطاه جميع الثمن ثم غرمه بدل الثمرة . والله أعلم .

( فائدة ) الغزالي رحمه الله تعالى في المستقصى من المنكرين لهذا

المفهوم : ولكنه في كتبه الخلافية كالتحضير<sup>(١)</sup> بالغ في اثبات ذلك وتقديره . وأن عرف العرب في الاستعمال أفهم أمورا تكاد تزيد فوائدها على موجب الأوضاع ، وأن الاشكال في المسكوت عنه والبقاء على النفي الأصلي فيه انما كان قبل التخصيص : أما بعد التخصيص ارتفع الاشكال وصار ذلك معلوما بدليل من جهة الشرع ، والسز في الفرق بين هذه المفاهيم وبين مفهوم اللقب حيث لم يكن حجة على المختار أن التخصيص هو الطريق المستعمل عرفا للنفي والاثبات بطريق الاجاز ، ومعنى التخصيص ايقاع الخصوص بقطع بعض الجملة عن الجملة . والجملة اما أن تتمثل في الذكر بقوله : من باع نخلة فانها تتناول المؤبرة وغير المؤبرة ، فاذا استدرك وقال : بعد أن تؤبر كان ذلك تخصيصا وقطعا عن جملة واما أن تتمثل في الوهم بأن يكون ذكر أحد القسمين مذكرا للآخر المقطوع عنه بالضرورة كقوله : الثيب أحق فانه قطع عن البكر ، اذ الثيابة والبكارة صفتان يتقاطعان على التعاقب ، وضعت كل واحدة منهما لفصل قسم عن قسم ، والعلف أيضا كذلك مع اثبات الثيابة بذكر الثيابة والسوم بالضرورة ، واليوم في قوله « ثم أتموا الصيام الى الليل »<sup>(٢)</sup> والتأثير نفى البكارة والعلف والليل والاستتار ، وليس في اثبات البر نفى الزعفران والأدوية والفواكه وغيرها أو لا اتصال بين البر وغيره حتى يكون ذكره قطعاً لذلك الاتصال . نعم قد يدل على التخصيص بقريئة تنضم الى الذكر القاصر ، فأما مجرد الذكر فلا يدل ، والتخصيص دليل بالوضع العرفي ، فلا يخرج عن كونه دليلا لا بقريئة ، فليدرك التفاوت بين الرتبتين . وهذا الذي ذكره الغزالي رحمه الله من نفيس الكلام لمن أنصف من نفسه ، وفهم بذوقه الفرق بين الرتبتين . فيعلم بهذا الكلام السبب في ذلك ( وأما ) من لم يشهد ذوقه للتفرقة قال : فهو جدير بأن لا يكلم ، ومراده بالعرف عرف المحاوراة في كلام العرب لا عرف طارئ بعدهم . وهذا السر هو الموجب لكوننا لم نقل بمفهوم قوله : « فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما أفدتت به »<sup>(٣)</sup> ومفهوم

(١) كذا في شوقي وليس في شيء من كتب الغزالي باسم التحضير ولعله صحف واسمه « التحصين » وهو كتاب « تحصين المآخذ » في الخلافات ( المطبوع )

(٢) البقرة : ٢٢٩ .

(٣) البقرة : ١٨٧ .

قوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأه نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » .

(وأما) الأول فلأن الخلع لا يتفق الا في حالة الشقاق ، ويستحيل بحكم العادة وقوعه في حالة المصافاة ، وما لا يقع عرفا فليس من غرض الشرع بيانه ، فقد استوعب الشارع كل محل الحاجة ، ولم يقع البعض عن البعض ، وذكره اللحق ذكره لحل الحاجة الى البيان ، وهو كل محل الحاجة ( وأما ) الحديث فلأن المرأة اما أن تفوض أمرها للولي لحياتها أو تستقل لزوال حياتها ( أما ) المباشرة بأذن الولي فلا تقع في العادة فلم يكن من محل البيان في غرضه ، والله أعلم .

(فائدة أخرى) في التأبير ، عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : « أبصر النبي صلى الله عليه وسلم الناس يلحقون النخل فقال : ما للناس ؟ قالوا : يلحقون . فقال : لا لقاح - أو لا أدرى اللقاح شيئا . فقال : فتركوا اللقاح . فخرج ثمر الناس شيئا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن اللقاح ، فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لحقوا » . أورد أبو بكر محمد بن موسى الحازمي هذا الحديث في كتابه الناسخ والمنسوخ لتضمنه النهي عن اللقاح ثم الاذن فيه ، ونقل عن بعضهم أن قوله : « لا لقاح » صيغة تدل على النهي وأن للشارع أن يتحكم في أفعال العباد كيف أراد ، ولهذا قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم : كنت نهيت عن اللقاح ولم ينكر عليهم ، ومال الحازمي الى أن ذلك ليس بحكم شرعي . ولقونه في رواية أخرى : « إنما ظننت ظنا فلا تؤاخذوني بانظن : ولكن اذا حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به . فأننى لن أكذب على الله » ثم قال الحازمي : وعلى الجملة الحديث يحتمل كلا المذهبين . ولذلك أبقينا يعنى في الناسخ والمنسوخ .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه لا يدخل في بيع الأصل ، لأن جميع الطلع مقصود مأكول ، وهو ظاهر ، فلم يتبع الأصل كالتين ( والثاني ) أنه يدخل في بيع الأصل وهو الصحيح ، لأنه طلع لم يتشقق ، فدخل في بيع

الأصل كطلع الاناث وما قاله الأول لا يصح لأن المقصود ما فيه وهو الكش الذى يلحق به الاناث وهو غير ظاهر ، فدخل فى بيع الأصل كطلع الاناث) .

( الشرح ) الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة . وآخره لام ذكر النخل ، وقال ابن فارس : الفحال فحال النخل وهو ما كان من ذكوره فحالا لاناثه ، قال ابن قتيبة : وهو فحال النخل ولا يقال : فحل . ولذلك اعترض معترض على الشافعى رضى الله عنه ، فان الشافعى قال : وان كان فيها فحول ، فقال هذا المعترض : ان هذا خطأ لأنه لا يقال فى النخل فحل ، ولا فى جمعه فحول ، وانما يقال فحال وجمعه فحاحيل ، وأجاب الأصحاب بأن كل واحد منهما جائز فى اللغة ، وقد ورد به الشعر . قال الشاعر :

تأبرى يا خيرة العسل تأبرى من جيد فسل

إذا ضن أهل النخل بالفحول

والكش بضم الكاف وبالثنين المعجمة هو ما فى بطون طلع الفحال الذى يلحق بها طلع الاناث .

( أما الأحكام ) فقال الأصحاب تبعاً للشافعى : ( إذا كان فى النخل فحول فاما أن تفرد الفحول بالبيع واما أن يبيعهما معا فان أفرد الفحول بالبيع فاما أن يكون قد تشقق شئ من طلعهما أولا ، فان تشقق شئ من طلعهما فالثمرة للبائع بلا شبهة ) وان لم يكن تشقق شئ من طلعهما ( فأحد ) الوجهين أنه للمشتري وهو الصحيح وقال المصنف فى التنبيه والشيخ أبو حامد فى تعليقه : انه المنصوص . وادعى بعضهم أنه ليس فى المسألة نص ( ومن أصحابنا ) من قال : للبائع ، مستدلاً بأن ظهور طلع الفحال بمنزلة تشقق طلع الاناث لأنه ليس له ثمرة غيره بخلاف طلع الاناث فان المقصود ما فى جوفه ، فاذا لم يظهر بالتشقق يكون للمشتري وهذا أصح عند الماوردى والجرجانى فى التحرير ورد الأصحاب ذلك بأن المقصود من طلع الفحال ليس هو الأكل ، بل الكش الذى يلحق به ، وهو غير ظاهر فهو كالاناث فى التشقق سواء .

قال الماوردى : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا فى

طلع الاناث هل يقاس على الحمل قياس تحقيق ؟ أو قياس تقريب ؟  
قال بعضهم : قياس تحقيق ، فعلى هذا لا يصير طلع الفحال مؤبدا  
الا بالتشقق وقال آخرون بل قياس تفريب اعتبارا بالعرف فعلى هذا  
يصير طلع الفحال مؤبدا اعتبارا بالعرف . هـ

ولو كان قد تشقق شيء من طلع الاناث وأفرد الذكور بالبيع  
وهي غير مؤبرة ففيها وجهان كالوجهين الآتين فيما اذا أفرد ما لم  
يؤبر ببيع قاله الفوراني وأما اذا جمع في العقد بين الفحول والاناث  
فان كان قد تشقق شيء من طلع الاناث فطلع الكل للبائع على  
الوجهين اتفاقا ( أما ) على الصحيح فلان الكل كطلع الاناث وأما على  
الوجه الآخر ، فان طلع الاناث تشقق ، وطلع الفحال له بكل حال .  
وقد جزموا على الصحيح ههنا أن طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وكان  
ينبغي أن يأتي فيها وجه بأن طلع الفحال للمشتري ، بناء على أن أحد  
النوعين لا يستتبع الآخر ، كما سنحكيه عن القاضي حسين والامام  
في القسم الآخر لغير المتشقق فيه : فهو كجنس آخر . وهذا الكلام  
منه كالصريح بجريان الخلاف .

وقال الجوري : اذا كان فيها فحول فقد اختلف أصحابنا . فقال  
أبو حفص : انما جعلت الفحول تابعة لأنها للأقل فالنادر يدخل في  
الغالب ، ولأن الغرض من طلع الفحال أكله غالبا . فاستوى المؤبر  
منه وغيره ، وقال غيره : اذا تشقق شيء من الاناث فبأق الحائط  
وذكوره واناثه تبع له : واذا تشقق شيء من الذكور فسائر ما بقى  
من الذكور والاناث تابع . فهذا الكلام يقتضي أن أبا حفص وهو  
ابن الوكيل هو القائل بأن طلع الفحال للبائع بكل حال . وأنه علل  
تبعية الاناث عند الاجتماع بهذه العلة وبعلة أخرى وهي الندرة .  
غير أن التعليل بالندرة انما يتم على ما هو المهود غالبا . فلو فرض  
كثرة الفحول زالت هذه العلة وان لم يتشقق شيء منها أصلا لا من  
طلع الاناث ولا من طلع الفحول . فعلى الصحيح الكل للمشتري ، وعلى  
الرجح الآخر طلع الاناث للمشتري والفحال للبائع .

وقال القاضي حسين : على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع  
الاناث اذا كان من صنفين وتشقق البعض دون البعض . وجمع بينهما

في العقد . وكذلك الامام جعل تبعية الاناث للذكور كاستتباع النوع النوع ، وكذلك حكى الوجهين ، وقال : ان الأصح أن طلع الاناث لا يتبع طلع الفحول وان كان طلع الفحول يتبع طلع الاناث ، وقال المتولى : انه على هذا الوجه يكون الفحول والاناث كالجنسين ، فلا يجعل الاناث تبعا لها ، وان كان قد تشقق شيء من طلع الفحول فقط فعلى الصحيح الطلع كله للبائع .

وحكى في الحاوى وجها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور ، وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث ، لأن مقصود الثمار طلع الاناث ، وطلع الذكور يقصد لتلقيحه لا لنفسه ، وهذا الوجه هو الذى يدل عليه نص الشافعى رضى الله عنه كما سأبينه قريبا ان شاء الله تعالى ، فعلى هذا يكون حكمه كما سيأتى على الوجه الآخر ، وعلى الوجه الآخر طلع الفحول للبائع بالظهور وطلع الاناث للمشتري ، وببغى أن يأتى فيه وجه أن طلع الاناث أيضا للبائع بناء على أن أحد النوعين يستتبع الآخر على قياس ما حكاه القاضى حسين ، الا أن يتمسك بما تقدم عن صاحب التتمة أن الذكور مع الاناث على هذا الوجه كالجنسين وهو بعيد .

واعلم أن عبارة المختصر : وان كان فيها فحول بعد أن تؤبر الاناث فثمرتها للبائع ، وظاهر هذه العبارة اذا باع الفحول والاناث جميعا وقد أبرت الاناث فالكل للبائع ، وهى الصورة التى حكينا الاتفاق فيها على ذلك ، وأبدينا فيها احتمال وجه ، وعبارة الشافعى فى الأم : ( ومن باع أصل فحل نخل أو فحول بعد أن تؤبر اناث النخل فثمرتها للبائع الا أن يشترطه المبتاع ) وهذا يشبه عبارة المختصر الا أن اطلاق عبارة الأم تصدق على ما اذا باع الأصل وحده بعد تأبير الاناث وهذا لا يستمر الا على الوجه القائل بأنه اذا أفرد ما لم يؤبر يجوز اذا كان تأبر شيء من غير نوعه من ذلك الجنس ، ومفهومه يقتضى أنه اذا باع الفحل قبل التأبير يكون طلعه للمشتري ، كما ادعى المصنف فى التنبيه أنه المنصوص وفى ظاهره اشكال لأنه يشمل ما اذا تأبر هو قبل أن تتأبر الاناث ، ولا يمكن القول بأن ذلك للمشتري ، فلذلك عبارة المختصر أبين .

ثم قال الشافعي في الأم : ( ومن باع نخلا قبل أن تؤبر اناث النخل فالثمرة للمشتري ) وهذا النص يقتضي أن ثمرة الاناث لا تتبع ثمرة الفحول على خلاف ما قدمناه عن الأصحاب أنه اذا تشقق شيء من طلع الفحول يكون الطلع كله للبائع على الصحيح ، ويشهد للاحتمال الذي أبديته فيه ، هذا ان كان قول الشافعي نخلا بالنون والخاء المعجمة ، وان كان بالفاء والحاء المهملة فأشذ ، فانه حينئذ يقتضي أن الفحال اذا أفرد بالبيع وقد أبر ولم تؤبر الاناث أن طلعها للمشتري ولا قائل بذلك نعلمه من الأصحاب ، وانما جوزت هذا الاحتمال في لفظ الشافعي لأنه أتى به في مقابلة من باع فصلا بعد أن تؤبر الاناث فقسيمة من باع فصلا قبل أن يؤبر ، وان كان ذلك ليس بلازم — والله سبحانه وتعالى أعلم — ويؤيد ما قلته أن الشافعي قال أيضا في المختصر : ولو تشقق طلع اناثه أو شيء منه فهو في معنى ما أبر نخله ، فمفهوم هذا أنه لا يكتفى في ذلك بتشقق طلع الذكور .

( فائدة ) أطلق المصنف الوجهين في هذا الكتاب ، ولم ينسب شيئا منهما الى النص ، وكذلك فعل القاضي أبو الطيب ، وفي التنبيه قال : وقيل : ان ثمرة الفحال للبائع بكل حال ، وهو خلاف النص ، وكذلك فعل الشيخ أبو حامد ، فهذا أحد المواضع التي يؤخذ منها ما اشتهر على السنة الفقهاء أن التنبيه مأخوذ من طريقة الشيخ أبي حامد . والمذهب من طريقة القاضي أبي الطيب ، وذلك غير مستمر ، فسيأتي في تقسيم الشجر أنه تبع الشيخ أبا حامد ولم يتبع أبا الطيب ، لكن ذلك في صنعة التصنيف لا في النقل وفي ذلك الموضع يأتي كلام في مخالفته أبا حامد أو موافقته والظاهر عندي أنه لم يلتزم متابعة طريقة واحدة في كتاب منهما ، نعم ان كان ذلك في الأكثر فربما . ويترك ذلك في بعض الأوقات لما يترجح عنده ، ولم أقف من نص الشافعي في الفحال الا ما حكيت عن الأم والمختصر ، فيحتمل أن يكون الشيخ أبو حامد والمصنف وقفا على نص آخر أصرح منهما ، ويحتمل أنهما أخذا من ذلك ، والله أعلم .

( فرع ) قال الماوردي : اذا أخذ طلع الفحال جاز بيعه في قشره ، لأنه من مصلحته ، وكان أبو اسحاق يمنع من بيعه حتى يصير بارزا . قال : وليس هذا بصحيح ، ونسب الامام الأول الى معظم

أصحابنا ، وذكر عن صاحب التقريب أنه ذكر في ذلك قولين ، وأنه  
بناهما على بيع الحنطة في سنبليها ، قال الامام ، وهذا مقدر حسن .

( فائدة أخرى ) ادعى بعضهم أنه ليس في خصوص مسألة  
الفحال نص للشافعي ، وأنه لا يمكن أخذه من إطلاقه أن الابار حد لملك  
البائع ، لأن الابار عبارة عن اصلاح طلع الاناث بعد تشققه أو شقه  
بالكتش الذي في طلع الفحال ، فلا ابار في الفحال ، فلا دخول له في  
هذا ، ولا يمكن حمل كلامه في التنبيه في قوله : وهو خلاف النص على  
نص الحديث ، لأن الحديث انما يحمل على التأبير اللغوي ، وهو  
انما يكون للاناث على ما سبق ، وجعل التشقق في معناه حكم شرعي  
من الحاق الفقهاء بالمنصوص عليه فهو بكلام الشافعي أولى .

( فرع ) باع فحالا لا طلع عليه ، ثم أطلع قبل لزوم العقد ، قال  
في الاستقصاء : ( فان قلنا : ) انه كطلع الاناث فهو للمشتري ( وان  
قلنا : ) انه كالمؤبرة وقلنا : انه يملك بالعقد أو موقوفه فهو أيضا  
للمشتري ( وان قلنا : ) انه لا يملك الا بالعقد وانقضاء الخيار فهو  
للبائع لأنه حدث والمبيع على ملكه .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، فيكون  
الجميع للبائع ، لانا لو قلنا : ان ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري  
أدى الى سوء المشاركة واختلاف الايدى فجعل ما لم يؤبر تبعا  
للمؤبر ، لأن الباطن يتبع الظاهر ، ولم يجعل ما أبر تابعا لما لم  
يؤبر ، لأن الظاهر لا يتبع الباطن ، ولهذا جعلنا أساس الدار تابعا  
لظاهرها في تصحيح البيع ، ولم نجعل ظاهرها تابعا للباطن في افساد  
البيع (١) .

[ وقال أبو علي بن خيران : ان كان نوعا واحدا جعل غير  
المؤبر تابعا للمؤبر ، وان كان نوعين لم يجعل ما لم يؤبر من أحد

---

(١) مابين المعقوفين ساقط من ش و ق وهو عن نسختنا المخطوطة ،  
وانظر هذا كله كان ساقطا دون ان يحققه المشايخ رحمهم الله في طبعهم  
ودون ان يذعن ناشر ( ق ) للحق فيجعله حيث وضعته الآن وحسبنا الله  
ونعم الوكيل .

النوعين تابعا للمؤبر من نوع آخر ، لأن النوع الواحد يتقارب ظهوره والنوعان يختلف ظهورهما والمذهب الأول لما ذكرناه من سوء المشاركة واختلاف الأيدي وذلك يوجد في النوعين كما يوجد في النوع الواحد . وأما إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري ولا يتبع أحدهما الآخر لأن انفراد كل واحد منهما بثمرة حائط لا يؤدي الى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، فاعتبر كل واحد منهما بنفسه [ .

( الشرح ) الحائط وهو البستان من النخيل .

( أما الأحكام ) ففي هذه الجملة مسألتان ( الأولى ) إذا باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجميع كالمؤبر ، وجعل ما لم يؤبر تابعا لما أبر ( أما ) إذا كان نوعا واحدا فاتفق عليه الأصحاب تبعا للشافعي رضي الله عنه ، واستدلوا هم وغيرهم لذلك بأن تأبير البعض يحصل للنخل اسم التأبير فيشمله قوله صلى الله عليه وسلم : « من باع نخلا قد أبرت » قال ابن عبد البر : وأصل الابار أن يكون في شيء منه الابار ، فيقع عليه اسم أنه قد أبر ، كما لو بدا صلاح شيء منه ، وفيما ذكروه من اطلاق اسم التأبير على الجميع بتأبير بعضها توقف لا يخفى ، لا سيما على ما يقوله أصحابنا أنه يكفي تأبير نخلة واحدة في البستان ، بل طلعة واحدة ويصير الباقي تبعا فدعوى اطلاق التأبير على الجميع حقيقة في غاية البعد .

وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضي أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وهذا لو ثبت كان صريحا في المطلوب ، لكني لم أجده في شيء من ألفاظ الحديث التي وقفت عليها ، وانما فيها كلها جعل التأبير صفة للنخل المبيعة ، وحقيقة ذلك أن يكون في الجميع . واللفظ الذي ذكره ابن حزم لم يذكره بإسناد بل أتى به في ضمن استدلال : فلعله لم يثبت فيه ، نعم لا يشترط أن يوجد التأبير في كل طلع النخلة ، بل متى وجد في شيء منها صح أنها أبرت ، فيكون جميع ثمرتها للبائع ، وان كان بعضها غير مؤبرة استدلالا بالحديث ، ويعضد الأصحاب وغيرهم فيما اتفقوا عليه من الاكتفاء بتأبير البعض أن العادة لم تجر بتأبير جميع النخل ، بل يكتفون بتأبير بعضها .

واستدل أبو اسحاق المروزي لذلك بما ذكره المصنف ، وزاده المصنف بالاستشهاد بأساس الدار ، وهو جواب عن سؤال مقدر أورده الشيخ أبو حامد والماوردي وغيرهما ، وأجابوا عنه وهو أنه هلا جعل ما أبر تابعا لما لم يؤبر في دخوله في البيع ؟ وأجابوا بأنه استقر في الشرع أن الباطن تبع للظاهر ، وليس الظاهر تبعا للباطن ، فان ما بطن من أساس الحائط ورؤوس الأجذاع تبع لما ظهر في جواز البيع ، وأيضا فإنه كان يلزم منه مخالفة منطق الحديث ولك أن تقول على الأول : ان الحكم بتبعية الأساس أمر ضروري لصحة البيع ولا كذلك الثمار ، ألا ترى أنه لو شرط أن تكون المؤبرة للبائع وغير المؤبرة للمشتري ، اتبع شرطه ، فإنها لو كانت كلها مؤبرة وشرط بعضها اتبع شرطه وسوء المشاركة موجود فكأنهما رضا به ، وأورداه العقد عليه ، وكل عقد فيه مشاركة فهو مظنة الضرر ومع ذلك يصح كثير من العقود المقتضية للمشاركة ، واستدلوا أيضا بأن بدو الصلاح في بعضها بمنزلة بدو الصلاح في جميعها ، فكذلك التأبير ، ولك أن تهيب بأن المعنى في الأصل أن الثمرة متى تركت حتى يوجد الصلاح في جميعها أدى الى أن لا يصح بيعها بحال فإنه الى أن يتكامل فيها يتساقط الأول فيؤدى الى فساد الثمرة وتأذى مالكاها وليس هذا المعنى موجودا هنا ، والله أعلم ، وفي كلام الشافعي في الأم إشارة الى الدليلين اللذين استدلت بهما الأصحاب .

(وأما ) اذا كان الحائط أنواعا فالمذهب أيضا أن ما لم يؤبر تابع لما أبر ، فان الشافعي قال : اذا بيعت رقبة الحائط وقد أبر شئ من نخله فثمرة النخل تلك في عامه ذلك للبائع ، ولو كان منه ما لم يؤبر ، ولم يطلع ، لأن حكم ثمرة ذلك النخل في عامه ذلك حكم واحد ، كما يكون اذا بدا صلاحه ولم يؤبر ، قال صاحب التتمة : ويخالف الجارية الحامل بولدين ، وضعت أحدهما ثم باعها قبل وضع الآخر ، لا يجعل تبعا للمولود على ظاهر المذهب ، لأن الولد بعد الانفصال ليس له تعلق بالأم فيفرد كل واحد بحكمه والطلع بعد التأبير متصل بالشجرة ، هذا الفرق ذكره صاحب التتمة في النخلة الواحدة يكون بعض طلعا مؤبرا وبعضها غير مؤبر ، فأما اذا كان بعض النخل مؤبرا وبعضها غير مؤبر ففرق بينه وبين الأغنام يبيعها وقد نتج بعضها يبقى نتائجها

للبياع والتمى لم تنتج يدخل حكمها فى العقد لأن نتاج الأغنام لا يتفق فى وقت واحد بخلاف النوع الواحد من النخيل .

وقال أبو على ابن خيران : لا يكون تأبيراً الا فى نوعه ، لأن الأنواع يختلف ادراكها وتتفاوت ، والنوع الواحد لا يتفاوت ، ورد الأصحاب عليه بما ذكره المصنف وممن وافق الأصحاب على ذلك أبو على ابن أبى هريرة لكنه شرط فى ذلك أن يكون أطلع حتى يكون فى حكم المؤبر وإن اختلف النوع ( أما ) ما ظهر من الطلع بعد البيع ، فقال بأنه للمشتري لأنه ظهر فى ملكه وغلطوه فى ذلك بالنص الذى قدمته عن الشافعى أنفساً ، وحكمه بأن ثمرة ذلك العام للبياع ، ولو كان فيه ما لم يؤبر ولم يطلع ، وهذا نص صريح .

وقول ابن أبى هريرة هذا صححه الماوردى ، وسيأتى فى كلام المصنف ، وإنما ذكرته هنا لتعلقه به ، فإنه ينتظم به فيما إذا باع نخلاً وفيه ثمرة مؤبرة ثلاثة أوجه ( أحدها ) وهو المذهب أن ثمرة جميع ذلك العام للبياع ( والثانى ) قول ابن خيران ليس للبياع الا المؤبر ( والثالث ) قول ابن أبى هريرة : أن للبياع المؤبر والمطلعة غير المؤبرة عند البيع وللمشتري ما أطلع بعد البيع ، والله أعلم ، ولم يقل أحد من الأصحاب بأفراد المؤبر بحكمه ، ومذهب مالك رحمه الله أنه إذا أبر أكثر الحائط فهو للبياع حتى يشترطه المبتاع ، وإن كان المؤبر أقله فكله للمبتاع ، واضطربوا إذا أبر نصفه ، قال ابن عبد البر : والأظهر من المذهب أنه للمبتاع الا أن يكون النصف مفرداً فيكون للبياع .

( فروع ) هذا كله فيما إذا باع الجميع ، أما إذا أفسد غير المؤبر بالبيع فسيأتى ذلك فى كلام المصنف رحمه الله تعالى أن شاء الله تعالى ( المسألة الثانية ) إذا كان له حائطان فأبر أحدهما دون الآخر وباعهما فإن المؤبر للبياع ، وما لم يؤبر للمشتري ، ولا يتبع أحدهما الآخر لما ذكره المصنف : هذا هو الصحيح المشهور الذى جزم به القاضى أبو الطيب الماوردى والرويانى كما فرقنا فى الشفعة بين ما قسم وبين ما لم يقسم . وقاسه الشيخ أبو حامد أيضاً على بدو الصلاح ، فإن بدو الصلاح فى أحد الحائطين لا يستتبع

الآخر ، وفيه وجه تخر ان أحد البستانين يتبع الآخر ، وجعل  
الرافعي الخلاف في البستانين مرتبا على البستان الواحد فحيث قلنا  
في البستان الواحد ان كل واحد من المؤبر وغير المؤبر يفرد بحكمه  
فهنا أولى .

وحيث قلنا بأن غير المؤبر يتبع فهنا وجهان ( أحدهما ) ان كان  
بستان يفرد حكمه ، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيرا في وقت التأبير  
فاقتضى كلام الرافعي رحمه الله جريان الخلاف في البستانين في صور  
( احداها ) عند اتحاد النوع والصفة ( والثانية ) عند اختلاف النوع  
على المذهب ( والثالثة ) عند تعدد الصفة اذا أفرد البستان الذي  
لم يؤبر بالمبيع ، فانه يكون كما لو أفرد غير المؤبر في البستان الواحد ،  
ولنا فيه خلاف سيأتي ، الأصح أنه لا يتبع فعلى الوجه الآخر مقتضى  
كلام الشافعي<sup>(١)</sup> أن يأتي في البستانين خلاف اذا أفرد غير المؤبر بالمبيع ،  
وكلام المصنف يقتضى على الصورتين الأوليين ما اقتضاه كلام الرافعي  
من جريان خلاف عند اتحاد النوع والصفة موجود لغيره ، فان القاضى  
حسين حكى عنه في ذلك وجهين .

وأما عند اختلاف النوع فغريب ، وقد جزم صاحب التتمة فيه  
بعدم التبعية . وجعل محل الوجهان فيما اذا كان الصنف واحدا ،  
فأما اذا أفرد البستان الذي لم يؤبر بالمبيع فأغرب لم أره لغير الرافعي ،  
لكنه يشبه ما ذكره الأصحاب في بدو الصلاح والفرق واضح من  
جهة أن المطلوب ببدا الصلاح أمنها من العاهة ، وقد يقال : انه حاصل  
بدخول وقته وان لم تشمل صفة ، والمطلوب تأثير أن يكون المبيع أو  
بعضه بارزا وهو مفقود هنا قال الرافعي وغيره : ولا فرق بين أن  
يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين .

قال ابن الرغمة : يشترط أن يكونا في اقليم واحد بل في مكان طبعه  
واحد وما ذكره صحيح مأخوذ من كلام الشافعي رضى الله عنه ، وعليه  
يحمل كلام الرافعي وغيره ، ثم اعلم أن المراد بالحائطين ما يكون

---

(١) في الأصل الرافعي بدل الشافعي ولما كان القاضى حسين سابقا  
في عصره على الرافعي فبكون الوجهان اللذان حكاهما القاضى مما قولان  
للشافعي . ط .

أحدهما مئثرا غير الآخر ولا يشترط أن يكون محوطا ، فإن صاحب المبيان ذكر المسألة فيما إذا كان له حائطان فيهما نخيل أو قطعتان من الأرض فيهما نخيل ، لكن ينبغي أن يضبط ذلك بضابط ، فإن قطعتي الأرض المتجاورتين كالأرض الواحدة التي لها جانبان ، وجعل التأبير في أحد الجانبين دون الآخر ، ثم باع الجميع فإن ما لم يؤثر تابع لما أبر ، فإذا كان الأرضان غير متجاورتين كانا كذلك ، فينبغي أن يضبط ذلك بأن يكون بينهما نوع من التمييز حتى يعدا في العرف مكانين ، ولا يعدان مكانا واحدا ، وأسباب ذلك أما حاجز بينهما ، وأما غير ذلك مما هو معلوم في العرف فإن من الأراضي ما هي قطعة متجاورة ويحكم أهل العرف بأنها أراض لا أرض واحدة لنوع من التمييز بينها .

( وأما ) القطعة الواحدة إذا أبر جانبها منها دون جانب ثم باع الجميع حصلت التبعية ، لأن صاحب الحاوي قال(١) : وقال الشيخ أبو حامد : انه لا يشترط الحاجز ، وإنما يعتبر أن يصدق عليهما اسم الانفراد وهو إشارة الى ما قلناه .

( فرع ) هذا الحكم المذكور من أول الفصل الى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبيعة ، وغير المؤبر يتبع ، لا فرق فيه بين أن يكون المبيع النخيل دون البستان أو معه . وهذا — وان كان من الواضحات — فإن صاحب العدة صرح به ، فذكرته تبعا له ورغبة في الايضاح ، والله سبحانه أعلم .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان له حائط أطلع بعضه دون بعض فأبر المطلع ثم باع الحائط ، ثم أطلع الباقي ، ففيه وجهان ، قال أبو علي ابن أبي هريرة : ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري ، لأنه حادث في ملكه فلا يصير للبائع ( والثاني ) انه يتبع المؤبر ، فيكون

(١) بياض بالأصل ولعل الماوردي منقول قوله هو قول الشيخ أبي حامد لأنه رحمه الله توفي سنة ٤٥٠هـ حيث توفي الشيخ أبو حامد ٤٠٦هـ ببغداد ، والله أعلم بالصواب .

للبيع ، لأنه من ثمرة عامة ، فجعل تابعا له كالمطلوع الظاهر في حال العقد فإن أبر بعض الحائط دون بعض ثم أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففي طلعه وجهان ( أحدهما ) أنه للبائع ، لأننا جعلناه في الحكم كالمؤبر بدليل أنه لو باع الجميع كان للبائع ، فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع ( والثاني ) أنه للمشتري ، لأنه إنما جعل كالمؤبر إذا بيع معه ، فيصير تابعا له ، فاما إذا أفرده فليس بتابع للمؤبر فتبع أصله ) .

### ( الشرح ) فيه مسألتان :

( المسألة الأولى ) إذا باع جميع نخل البستان ، وقد أبر بعضها وبعضها لم يطلع بعد ، فأطلع بعد البيع في ملك المشتري فلا اشكال في أن المؤبر للبائع وأن ما كان وقت العقد مطلقا غير مؤبر تابع له ، فيكون للبائع أيضا ( أما ) ما أطلع بعد ذلك ، فإن كان من طلع العام المستقبل فهو للمشتري . وليس محل الوجهين ، نبه عليه الماوردي ، وهو ظاهر من كلام المصنف وإن كان من طلع ذلك العام ففيه وجهان ( أحدهما ) وهو قول ابن أبي هريرة ، وادعى الماوردي أنه الأصح ، وتبعه ابن أبي عصرون أن ما أطلع في ملك المشتري لا يتبع المؤبر ، بل يكون للمشتري كحدوثه في ملكه ، وقد صحح ابن الصباغ أيضا هذا الوجه عند الكلام في اختلاط ثمرة النخل المبعة بثمره البائع . ( والثاني ) وهو قول أبي حامد الاسفراييني وقال : أنه المذهب أنه يتبع فيكون للبائع خوفا من سوء المشاركة كما أننا جعلنا ما لم يؤبر تبعا لما أبر خوفا من سوء المشاركة : ووافق أبا حامد على تصحيح هذا الوجه جماعة منهم الرافعي . وفرق الماوردي منتصرا لقول ابن أبي هريرة بأن ما لم يؤبر يصح العقد عليه ، ويلزم فيه بالشرط ، فجاز أن يصير تبعا لما قد استثناه العقد ، قال : ولو كان التعليل المذكور صحيحا كان بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، كما يجوز بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا صلاحه ، قال : وفيما ذكرنا من ذلك دليل على وهاء قوله . وفساد تعليله : يعني أبا حامد .

( قلت : ) وقد تقدم أن قول ابن أبي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لنص الشافعي الصريح ويمكن التمسك للنص بظاهر

الحديث . فانه حكم بأن ثمرة انخل المؤبرة للبائع : وثمرتها تتصل ما كان مطلقا حين العقد ، وما لم يكن خرجنا عنه في ثمرة المام المستقبل بدليل . فينبغي فيما عداه على ظاهر العموم ، الا أن يقال : ان قوله فثمرتها لا يشمل الا الثمرة الموجودة ، وهي المطلعة ، وليس ببعيد ، لكن سوء المشاركة حاصل ، والحاجة داعية الى ذلك ، وما ألزم به الماوردي من بيع ما لم يخلق تباع لما خلق ، فانما يلزم لو كان كل ما يشترط في البيع يشترط في الاستثناء .

( وقوله ) ان ما لم يؤبر يصح العقد عليه فرعه على رأيه . ورأى غيره - وقد تقدم عن أبي اسحاق - أنه لا يصح بيعه وهو الأصح عند المحاملي وغيره ، فعلى هذا لا يصح الفرق المذكور ، وفي التتمة ذكر نظير لهذه المسألة استتبط هذا الوجه منها ، وهي جارية المكاتب اذا أتت بولدين أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها ، قال : نص أن الولدين للسيد ، فاستتبط منها هذا الوجه . ووجه في الجارية اذا كانت حبلى بولدين فوضعت أحدهما ثم باعها ، فالولد الذي في البطن يبقى للبائع على ظاهر النص على ما قاله الامام ، ورأى أن الصواب خلافه وأن الولد الثاني للمشتري ، وعن الخضرى أنه كان يحكى في ذلك قولين ( أحدهما ) ما نسب الى النص ( والثاني ) ما رأى الامام أنه الصواب .

قال ابن الرفعة : ولو كان الخارج بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع ، فستعرف في باب الجنائيات وغيره ، أن المرجح في المذهب أن حكمه حكم ما لم ينفصل منه شيء ، وفيه وجه أن حكمه حكم المنفصل ، فعلى هذا يكون للبائع ، وعلى الأول ينبغي أن يقطع في هذه الحالة بمقابلته بجزء من الثمن ، لأنه قد علم وجوده ، ثم قال الامام في الحالة الاولى : ثم اذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب .

قال ابن الرفعة : أو يصح على ظاهر المذهب لأن هذا سببه بيع الجارية الحامل بحر . من حيث ان البائع لم يستثنه ، وانما الشرع استثناه . وقد اختلف قوله يعنى الامام في أن المرجح فيه الصحة أو البطلان ( قلت : ) وتخريجه على بيع الجارية الحامل بحر حسن

متعين ، وحكمه والتصحيح فيه معلوم في موضعه ، ولتجد تعجبت من صاحب البيان فانه قال : ان القول بأن ما أطلع للمشتري ، لم يذكر الشيخ أبو حامد غيره ، والموجود في تعليقه والمنقول عنه خلاف ذلك .

( المسألة الثانية ) اذا أبر بعض الحائط دون بعض فأفرد المؤبر بالبيع فلا اشكال في أن ثمرته للبائع ، وان أفرد الذي لم يؤبر بالبيع ففيه وجهان كما ذكر المصنف نقلا وتعليلا ، ومن حكاهما القاضي أبو الطيب ( وقوله ) فصار كما لو أفرد بعض المؤبر بالبيع ، يعني اذا ثبت بهذا البيع حكم التأبير صار كالمؤبر ، فإذا أفرد بالبيع صار كما لو أفرد المؤبر بالبيع ، ونظير المسألة اذا بدا الصلاح في بعض الحائط فأفرد بالعقد الثمرة التي لم يبد صلاحها فيها فبقي صحته وجهان كالوجهين . ( والصحيح ) أن الطلع للمشتري ، ومن صححه صاحب البيان ، وقال امام الحرمين : ان القائل بأن غير المؤبر هنا يتبع المؤبر يقول : دخول وقت التأبير كالتأبير نفسه ، وهذا الكلام من الامام قد يوهم أن من الأصحاب من يقول : ان وقت التأبير كالتأبير نفسه وكذلك كلام الغزالي يقتضي ذلك ، وقد يوهم ذلك أن هذا القائل يكتفى بحضور الوقت دون أن يحصل تأبير أصلا ، ولم أعلم من قال بذلك ، وانما مراد الامام ومن أطلق العبارة اذا حصل تأبير في غير المبيع ، ولم يحصل في المبيع وقد تقدم في ذلك كلام .

وجزم الفوراني بأنه اذا أفرد النوع الذي لم يؤبر بالبيع أنه ليس حكمه حكم المؤبر ، فيمكن أن يكون محل الوجهين اللذين ذكرهما المصنف وغيره فيما اذا أفرد ما لم يؤبر من نوع واحد ، ويمكن أن يكونا مطلقا بناء على أن التأبير في أحد النوعين تأبير في الآخر ، وقد صرح صاحب التتمة بذكر الوجهين فيما اذا أفرد الصنف الذي ليس بمؤبر على طريقة من يرى تبعية النوع للنوع وهو المذهب فيصح ابقاء الوجهين في كلام المصنف على اطلاقهما .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( قال الشافعي رحمه الله : ( والكرسف اذا بيع أصله كالنخل ) وأراد به كرسف الحجاز فانه شجر يحمل في كل سنة وتخرج ثمرته في كمسام ، وتتساق منه كالنخل ، فان باع وقصد تشقق

جوزه فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري وان تشقق بعضه دون بعض جعل الجميع للبائع كالنخل ، وأما ما لا يحمل الا سنة وهو قطن العراق وخراسان فهو كالزراع ، ويجيء حكمه ان شاء الله تعالى ) .

( الشرح ) الكرسف بضم الكاف وسكون الراء وضم السين المهملة بعدها فاء : القطن ، ويقال له : الكرسف والبرسف وهو على نوعين ، منه ما يبقى في الأرض سنين ، ويحمل كل سنة مثل كرسف الحجاز وأبين وتهامه والشام والبصرة ، قال المحاملي : والبلاد الحارة ، فهو شجر شبيه بالنخل ويتشقق الجوز فيؤخذ القطن منه ، ويترك القشر على الشجر ، كما يترك كمam الطلع على الشجر ، وقيل : ان بعضهم شاهده يحمل في السنة ثلاث مرات ، ويعضد عليه كما يعضد على الشجر ، وقد عده الأصحاب مع النرجس والبنفسج والمصنف أفرد به بالذكر وهو أولى فان فيهما وجها كما سيأتي بالحاقهما بالزراع .

وأما الكرسف المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل . على أن من الأمثلة المذكورة مع النرجس والبنفسج ما لا خلاف فيه أيضا ولكن الكرسف كأنه أشبه بالشجر منه ، فلذلك أفرد به بالذكر ، وكذلك الشافعي رضى الله عنه أفرد به بالذكر قال : والكرسف اذا بيع أصله كالنخل ، قال الأصحاب في هذا النوع من الكرسف : انه اذا باع الأرض كان تابعا لها ، وان أفرد به بالبيع جاز مطلقا . ولا يشترط شرط القطع ، واذا باعه مفردا أو مع الأرض أو باع الأرض فدخل في بيعها وكان فيه جوز — فان كان قد تشقق منه شيء — كان الكل للبائع الا أن يشترط المشتري وان لم يتشقق منه شيء فالكل للمبتاع الا أن يشترط البائع كثرة النخل سواء ، فالتشقق هنا بمنزلة التأخير في النخل .

وكلام المصنف مصرح بأنه لو تشقق بعضه كان الجميع للبائع ، والأصحاب مساعدون له على ذلك . ومن جمعتهم صاحب التهذيب وافق في أن الكرسف في ذلك كالنخل . وسيأتي كلامه فيما سوى ذلك من الورد وغيرها .

( النوع الثاني ) ما لا يحمل الا سنة واحدة ، وهو قطن بغداد

وخراسان لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، فحكمه حكم الزرع ان باع الأرض لم يدخل في العقد كالزرع الا أن يشترطه المشتري فيصح شرطه ما لم يكن جوزا منعقدا غير متشقق ، فسيأتى أنه يمتنع على المشتري اشتراطه ، هذا اذا لم يكن اشتد فان اشتد وقوى ولم يتشقق فلا يجوز بيعه أصلا مفردا ولا مع الأرض ، سواء ظهر بغضه أم لم يظهر شيء منه ، لأن المقصود منه مغيب فهو مجهول كالسنبل . فان باعه مع الأرض بطل فيه وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة وكذلك في الزرع مع الأرض سواء . قاله القاضي أبو الطيب .

وان باعه وحده - فان كان حشيشا - لم ينعقد جوزه ، أو انعقد ولم يحصل فيه قطن جاز بيعه بشرط القطع ، وان كان قد عقد جوزه واستحكم قطنه ، لأن المقصود منه القطن وهو مغيب كالسنبل ، فعلى هذا ان باعه مفردا بطل ، وان باعه مع الأرض بطل فيه ، وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة ، وكذلك اذا باع الأرض واشترط المشتري أن يكون ذلك له ، واقتصر الرافعي في ذلك على ما ذكر صاحب المذهب نقلاً ، وفيما قال صاحب التهذيب موافقة لبعض ما تقدم عن القاضي أبي الطيب ، فان تشقق وظهر القطن صح بيعه وحده ومع الأرض وجاز لمشتري الأرض أن يشترطه ، وهل يدخل القطن في البيع ؟ قال صاحب التهذيب : يدخل بخلاف الثمرة المؤبرة لا تدخل في بيع الشجرة ، لأن الشجرة مقصودة كثمار سائر الأعوام ، ولا مقصود هنا سوى الثمرة الموجودة .

وقال القاضي حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع . وشبه ابن الرفعة هذا الخلاف بالخلاف فيما اذا رهن خريطة لا قيمة لها : وكان فيها شيء له قيمة هل يتبع اللفظ دون ما فيها ؟ أو يجعل المرهون ما فيها ؟ لأنه المقصود عادة ، وفيه وجهان ( أحدهما ) الأول قلت : وان لم يتشقق قال في التهذيب : لم يصح بيعه على الأصح وقال القاضي حسين : يصح في الأصل ولا تدخل الثمرة وكل منهما بنى على أصله قال ابن داود : فعلى قول اشتراط التشقق يشترط أن يكون في كله فلو تشقق بعضه لم يصح الا فيه بخلاف ثمرة النخل وكرسف الحجاز ، واحتج من منع من بيعه قبل تشققه بأن المقصود منه القطن

وفي البيسان أن الشيخ أبا حامد منع من بيعه وإن تشقق جوزه كالطعام في سنبله ، وهذا محمول على غلط في النسخة التي وقعت لى . وهذه الجملة التي ذكرتها هي قول أكثر الأصحاب .

وقال صاحب التتمة : انه إذا تنهى نهايته ولا يكون له نماء بعد ذلك وهو في آخر انخريف فبيعه جائز مطلقا . ويكلف تفريغ الأرض عنه على حسب العرف وما عليه من الحمل لا يتبعه سواء كان متشققا أم غير متشقق ، لأن الشجرة ليست بمقصودة وإنما المقصود الثمرة فلا تدخل في بيع البائع ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة فيه تنبيه وعليه استدراك أما التنبيه فإنه استفيد مما ذكر أن شرط الحكم بجواز البيع فيه أن يكون تنامى ، ولا يتوقع له نماء فلو لم يكن كذلك لم يصح إلا بشرط القطع كما في شجر البطيخ إذا خاف اختلاطه أما بيعه مع الأرض فلا حاجة فيه إلى ذلك ( وأما ) الاستدراك فإن أصول هذا النوع من الكرسف لا تقصد وحدها بدون حملها ولا يشترطها أحد إلا والمقصود حملها ، فقوله : ان حملها لا يتبع لأن الشجرة ليست بمقصودة لتعليه صحيح ، وليس ينبغى أن يكون فيما إذا عني أنه يشتري الأصول فقط أما إذا قال : بعثك هذا القطن وهذا الزرع دخل لأنه هو المقصود وليس دخوله تبعا وكلام الأصحاب المتقدم منزل على ذلك وذلك هو المفهوم عند الإطلاق .

وبكذلك إذا قال : بعثك الأرض وما فيها من الزرع فأما بيع ثمره فإن تشقق وباع ما تشقق منه صح ويؤمر بالالتقاط على العادة فلو تأخر الالتقاط حتى تشقق غيرها واختلط فعلى القولين ، وإن لم يكن تشقق ولا انقصد القطن فباعه على شرط التبقية لم يصح كثرة لم يبد صلاحها وإن باعه بشرط القطع لم يصح لأنه لا منفعة فيه في تلك الحالة فأما أن انعقد القطن ولم يتشقق فعلمه حكم الحنطة في السنبيل هذا كلام صاحب التتمة . قال : فلو باع الجوز مع الشجرة قبل التشقق بشرط القطع فمن أصحابنا من قال : فيه قولاً ببيع الغائب والشجرة — وإن كان قد رآها — فهي تابعة فلا يجعل لها حكم ومنهم من قال : في الجوز قولاً ببيع الغائب إذا أبطلنا ففي الشجرة قولاً تفريق الصفقة وقد ذكر صاحب البيسان أن قطن العراق كقطن الحجاز يبقى سنين ، والأمر في ذلك يرجع إلى المشاهدة والفقه وقد تبين .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باع شجرا غير النخل والكرسف لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة ، فان كان يقصد منه الورد فان كان ورده يخرج في كمام ثم يفتح منه كالورد فهو كالنخل ، فان كان في الكمام تبع الأصل في البيع كالطلع الذي لم يؤبر ، وان كان خارجا عن الكمام لم يتبع الأصل كالطلع المؤبر وان كان لا كمام له كالياسمين كان ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري ، وان كان مما يقصد منه الورق كالتوت ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه ان لم يفتح فهو للمشتري . وان تفتح فهو للبائع ، لأن الورق من هذا كالثمر من سائر الأشجار ( والثاني ) أنه للمشتري تفتح أو لم يفتح لأنه بمنزلة الأغصان من سائر الأشجار ، وليس كالثمر لأن ثمرة التوت ما يؤكل منه ) .

( الشرح ) الفصل معقود لبيان ما يلحق من الأشجار بالنخل : فان الشافعي رحمه الله لما ذكر حكم النخل المنصوص عليه ، وأتبعه بالكرسف الذي هو في حكمه : قال بعد ذلك : ويخالف الثمار من الأغاب وغيرها النخل ، واندفع في بيان ما يكون في معنى ثمر النخل . وشرح الأصحاب ذلك فقسّموا الشجر النابت الذي له حمل في كل سنة الى أقسام : وأحسن تقسيم فيها ما سلكه الشيخ أبو حامد . وتبعه المصنف ، وهو أن الشجر ثلاثة أضرب . ما يقصد منه الورد ، وما يقصد منه الورق ، وما يقصد منه الثمرة ، والذي يقصد منه الثمرة على خمسة أضرب الأربعة التي ستأتى في كلام المصنف ، والخامس ما يظهر في كمام ثم تتشقق عنه الكمام فتظهر الثمرة فتقوى بعد ذلك وتشتد ، وهي ثمرة النخل . والمصنف لم يذكر في هذا القسم لأنه جعل تقسيمه فيما سوى النخل والكرسف ، فلا تأتي الأربعة كما ذكر .

والقاضي أبو الطيب جعل الأقسام كلها خمسة : فلم يأت في تقسيمه من الحسن والبيان ما في تقسيم الشيخ أبي حامد ، فلذلك عدل المصنف عنه ، وذكر المصنف في هذه القطعة التي ذكرناها ههنا ضربين .

( الضرب الأول ) ما يقصد منه الورد ، وهو على نوعين ( أحدهما )

ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء . ثم بعد ذلك يتفتح فيشاهد ما تحته كأنواع الورد الأحمر والأبيض والأخضر والفرجس . فان كان قد تفتح منه شيء عند البيع فجميعه للبائع : ما تفتح وما لم يتفتح . هذا هو المشهور خلافا لما سذكروه عن صاحب التهذيب ومن تبعه ، أن ما تفتح يكون للبائع ، وما لم يتفتح يكون للمشتري ، وأن ما لم يتفتح منه شيء يكون للمشتري كالطلع حرفا بحرف . هكذا قال أبو حامد ، وقال الروياني في البحر والشاشي في الحلية وابن الصباغ والرافعي عن الشيخ أبي حامد : انه للبائع وان كان في كمامه ، وان ذلك ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه .

( قلت : ) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم ، فان الذي في تعليقه الجزم بالتفصيل المتقدم ، ولا أعلم خلافا في ذلك ، فلعنه انتبس على الحاكي هذه المسألة بمسألة الثمرة التي عليها نور ، ووقع اختلاف في نقل الحكم مع ذلك ، لكن ما رأيته ولا الأئمة نقلوا ذلك .

( قلت : ) لعمل الشيخ أبا حامد اختلف كلامه في ذلك . ويدخل شجر هذا النوع في بيع الأرض كسائر الأشجار . وقال البغوي في التهذيب والخوارزمي في الكافي : ان الورد اذا تفتح بعضه فالذي تفتح للبائع والذي لم يتفتح للمشتري ، بخلاف ما لو باع نخلة تشقق بعض ثمرها ، وعلمه بأن ما تفتح من الورد يجتنى ولا يترك . فانه يتناثر ويقتل فلا يتلاحق البعض ببعض ، فكان كل واحد في حكم المنفرد بخلاف الثمار فانها لا تجتنى حتى تتلاحق ، وكلام أبي حامد وانجرجاني والمصنف في التنبية وابن سراقه في بيان ما لا يسمع جهله مصرح بخلافه .

( النوع الثاني ) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل الا أنه يخرج على جهته ثم يتفتح كالياسمين . فان كان قد ظهر منه شيء ، فالجميع للبائع . وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري ، والظهور في هذا النوع بمنزلة التفتح في النوع الأول . هذه طريقة الشيخ أبي حامد . وسلكها المصنف هنا والروياني والرافعي وغيرهم . وأعلم أن عبارة المصنف رحمه الله تعالى هنا في الياسمين خاصة : وكذلك

عبارة الجرجاني ، يوافقان بظاهرها ما قاله صاحب التهذيب في الورد لكن عبارة المصنف في التنبية مصرحة بأن الياسمين كالورد ، وأن ظهور بعضه كظهور كله ، فينبغي أن تحمل عبارته في المذهب على ذلك لا على ما قاله صاحب التهذيب ، والله أعلم •

وأطلق القاضي أبو الطيب في النوعين أنه ان تفتح للبائع ، وان لم يفتح للمشتري ، وكذلك قال المصنف في التنبية ، لكن بلفظ الظهور لما قال : أو نورا تفتح كالورد والياسمين فان كان ظهر ذلك أو بعضه فهو للبائع ، وان لم يظهر فهو للمشتري ، فان أراد بالظهور التفتح وهو الظاهر فهو موافق للقاضي أبي الطيب ، وان أراد البروز ، وان كان في الكمام لم يقل به أحد الا أن يتعسف في الاعتذار عنه بأن المراد الظهور ، وذلك في الورد وما يخرج في كمام بالتفتح وبالياسمين وما يخرج في غير كمام بنفس الخروج ، فحينئذ يصح ، ويكون موافقا لما قاله في المذهب ، ولما قاله الشيخ أبو حامد وأما اعتبار القاضي أبي الطيب التفتح فيما لا كمام له فلا معنى له •

وقال الروياني : ان النفسج كالورد ، وعد جماعة النفسج والنسرين من جنس الياسمين ، والحق سليم فيما نقل عنه النسرين بالورد قال الفزاري : والمشاهد في بلادنا خروجه في كمام يفتح عنه كالورد يعني الياسمين •

( فرع ) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها ، وكذا الجوز قبل القطن بشرط القطع ، صح لأن الورد والقطن ليسا بمقصودين منهما فصارا مقصودين بأنفسهما لعل الدواب ، قاله الخوارزمي •

( الضرب الثاني ) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره هو المسمى بالفرصاد ففيه وجهان ( أحدهما ) وهو قول أبي اسحاق وصححه الروياني ، أنه ان كان قد ظهر من الورق شيء فالكل للبائع ، والا فللمشتري ، هكذا عبارة الشيخ أبي حامد ، والشيخ في عبارته بالتفتح وعدمه تابع للقاضي أبي الطيب فانه قال كذلك ، وزاد ففرض المسألة فيما اذا باع أصل التوت ، وقد خرج ورقه ، ويرد عليهما في ذلك ما ورد عليهما في اعتبار التفتح في الياسمين ، وان استبعدت حصول

التفتيح في ورق التوت فسيأتى في كلام الماوردى والرويانى ما يثبت ،  
وقد أخبرنى من يخبر<sup>(١)</sup> ذلك ، وأن ورق التوت يخرج منعقدا لم  
يتفتح .

( فائدة ) الياسمين بكسر السين ، والأشهر جعل النون حرف  
اعرابه ، وفيه لغة أنه يعرب اعراب قائمين — بالواو والياء والنون —  
بياعين مثناتين . هذا هو المشهور وقد قيل فيه لغة : ان الأولى مثناة  
والثانية مثلثة . وأنكرها الجوهري ونسبها ابن قتيبة في أدب الكاتب  
الى الفرس .

( والوجه الثانى ) أنه للمشتري بكل حال ونسبه الامام الى  
الجماهير . وصاحب البيان الى اختيار الشيخ أبى حامد ، وقال في  
التهذيب : انه المذهب وهو الأصح عند الغزالى والرافعى والقاضى  
حسين وغيرهم . لأنه ورق فائسيه سائر الأوراق ، ولما ذكره المصنف  
ومنع صاحب هذا الوجه أن تكون ثمرة التوت منحصرة في ذلك ،  
أو أن ذلك من الثمر ، بل ثمرته ما يؤكل منه من الثمرة الحلوة والمرّة  
وجعل البغوى والرافعى وغيرهما محل الخلاف فيما اذا كان في أوان  
الربيع أما في غيره فالكل للمشتري بلا خلاف على ما صرح به صاحب  
التتمة كسائر الأوراق .

وفي المسألة وجه ثالث جزم به الماوردى وحكاه الرويانى أنه ان  
كان شاميا يقصد ثمره دون ورقه فلا اعتبار بظهور ورقه ، وان كان يقصد  
ورقه فانه يبدو في عقده ثم يتفتح عنها ، فان كان في عقده تبع  
الأصل وان انشقت العقدة وظهر ورقها لم يتبع الأصل وهو للبايع ،  
قال الرويانى : وهو قريب من قول أبى إسحاق ، ورأى بعضهم أن  
الخلاف منزل على هذا التفصيل وأنه لا معنى لذلك الخلاف ، وان كان  
الشيخ قد حكاه .

( قلت : ) وقد عرفت أن الشيخ لم ينفرد به بل كل الأصحاب  
ذكروا الخلاف ولم أر هذا التفصيل لغير الماوردى ، وان كان متجها ،  
فان النوع الذى يقصد ثمره ولا يقصد ورقه كالأحمر فيما قال

---

(١) يخبر من باب كتب والخبر بضم الخاء وسكون الباء هو العلم  
(المطعم)

بعضهم ، فانه لا يطعم ورقه للدود المقصود ثمره فهذا ورقه كورق سائر الأشجار ، أما التوت الأبيض الذى يقصد منه الورق لطعمه الدود فيتجه فيه الخلاف قال ابن الرفعة : ويلتحق بالأول ورق الذكر من الأبيض ، لأنه لا يصلح لتربية الدود كما صرح به الأصحاب فى كتاب المساقاة ، والله أعلم .

( فرع ) الخلاف<sup>(١)</sup> الذى يقطع أغصانه ويترك ساقه وطوله ، وتقطع الأغصان من جوانبه فحسب اذا باع شجرته قال القاضى حسين : والأغصان لا تدخل فى العقد ، لأنه ينزل منزلة الثمار فى سائر الأشجار .

( فرع ) قال الماوردى والرويانى : الخناء يقصد ورقه أيضا ويبدو ورقه بعد تقديح أغصانه من غير أن يكون فى عقدة تبتفتح عنه ، فاذا بدا ورقه بعد التقديح ثم باع شجره كان فى حكم النخل المؤبر ، فيكون للبائع ، وقال صاحب البيان : شجر الخناء والجوز والمهرنس لا نص فيها فيحتمل أن يكون كالتوت على الوجهين ، ويحتمل أن يكون البائع أهق بالورق اذا ظهرت وجها واحدا لأنه لا ثمرة لهذه الأشجار غير الورق .

( فرع ) شجر النبق ، قال صاحب التتمة : المذهب كسائر الأشجار يتبعها ورقها ، وقيل : انها كالتوت ، لأن فى ورقها منفعة مقصودة يغسل بها الرأس قال ابن الرفعة : وهذا يلينى أن يكون هو الأصح فى بلادنا لأنه مقصود بالثمرة ، وله طواحين معدة لطحنه ، وموضع يباع فيه بأبلغ ثمن لكثرتة ، وفرق على القول الآخر بينه وبين ورق التوت ، بأن منفعة غسل الرأس تافهة وغيره فى المعنى يشاركها ، فانه تغسل بالخطمى والطين وغير ذلك بخلاف ورق الفرصاد فانه كل مقصوده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان مما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب ( أحدها ) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كماس كالنئين والعنب ، فما ظهر منه للبائع لا يدخل فى البيع من غير شرط ، وما يظهر بعد العقد فهو للمشتري ، لأن الظاهر منه كالطلع المؤبر ، والباطن منه كالطلع الذى لم يؤبر ) .

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد .

( الشرح ) بدأ في الضرب الثالث من أقسام الشجر ، وجعله على أربعة أضرب وقد تقدم التنبيه على أن منها ضربا خامسا لم يدخل في تقسيمه ، ولم يلتزمه وهو النخل والكرفس لافراده اياهما بالذكر ، وجعله مورد التقسيم فيما سواهما ، اذا علم ذلك فهذا الضرب الذي يقصد منه الثمرة مما سوى النخل والكرفس على أربعة أضرب .

( أحدها ) ما تفرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ، ولا ورق دونها ولا حائل مثل التين والعنب ، فاذا باع أصل التين والعنب ، فان كان قد خرجت الثمرة فهي للبائع ، الا أن يشترط المبتاع وان لم تكن خرجت وانما خرجت في ملك المشتري فهي للمشتري ، ويكون خروج هذه الثمرة بمنزلة ظهور ثمرة النخل من الطلع ، وظهور القطن من الجوز ، قال الشيخ أبو حامد وأظن التوت الشامي مثله أى مثل التين والأمر كما قال ، فان ثمرة التوت تخرج بارزة من غير كمام وأظن مراده بالشامي التوت الأحمر المر ، فان المقصود منه ثمرته لا ورقه بخلاف التوت الذي يقصد ورقه لتربية الدود وان كان الحكم في الثمرة واحدا ، وقد حكى عن الشيخ أبي حامد أنه قال في العنب : عندي أن له وردا ثم ينقصد ، قال المحاملي : وشاهده قول الشافعي : يعنى الذى معناه أن سائر الثمار من العنب وغيره تخرج ثمرتها وعليها ورد ، وهو يشاهد من بين ذلك الورد ، ويرى ويتساقط عنه النور ، ويبقى الثمر ، فتكبر ولا كذلك النخل فانها لا ترى من داخل الكمام وهذا وجه المخالفة :

قال ابن الرفعة : وقد يقال على هذا : وجه المخالفة أن كمام ثمرة النخل شامل لحبات منه ، وكمام العنب شامل لكل حبة ، وكذا كمام غيره من الثمار ، ولهذا المعنى أثر يظهر لك في بيع ما له قشران كالجوز واللوز ، وقد علل جعل العنب للبائع بأن اشتمال كل حبة على كمام يزيلها ، كاشتمال كل حبة من حبات ثمر النخل بعد التأبير ومع ذلك فهو للبائع ، فكذا العنب يكون له ، والماوردي يزعم أن العنب نوعان منه ما يورد ثم ينقصد ومنه ما يبدو منعقدا قال ابن الرفعة : ولا أثر لهذا الاختلاف في الحكم لأن من أثبت له نورا يقول : انه غير مانع من الرؤية فكان للمعدوم ، والله أعلم .

واعلم أن كلام المصنف في هذا الضرب والضرب الذي بعده يقتضى أن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما كان عند العقد ، وأنه لا يكون ظهور بعضه كظهور كله كالنخل وبذلك صرح صاحب التهذيب ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، وما اقتضاه كلام المصنف وصرح به صاحب التهذيب في هذا الضرب الذي بعده لم أجد في كتب الأصحاب ما يخالفه ، ونقل الرافعى ما قاله صاحب التهذيب عنه في الورد والتين والعنب وقال : ان الصورة الأخيرة ، يعنى التين والعنب ، محل التوقف ، قال صاحب الوافى : او أجرى الوجه القائل بأن ما يحدث من الطلع بعد ما تأخر منه البعض يكون للبائع كالطلع غير المؤبر لأنه من ثمرة العمام فيكون أيضا ما يحدث من التين للبائع تابعا لما ظهر ، لأن الظاهر في حكم المؤبر من ثمرة النخل كان له اتجاه ظاهر ، ولم أجد للأصحاب نصا فيه غير ما ذكره الشيخ وان يكن فرق فمن حيث ان ظهور الشيء بعد الشيء في التين معتاد ، ثم حين بلوغ التين يؤخذ ، فالذى يحدث بعده لا يختلط به حتى يفضى الى سوء المشاركة بخلاف ثمرة النخل فانها تترك الى الجذاذ ، فيصير الجميع على حد واحد في البلوغ ، فيختلط ولا يتميز ، فاحتجنا أن نجعله تابعا ، وفي هذه المسألة لا حاجة الى ذلك .

( قلت : ) هذا اعتراض وجواب جيدان ، وقد علمت أن المصنف لم ينفرد بذلك والفرق المذكور يعضد ما قاله صاحب التهذيب في الورد والياسمين ، ويمكن الفرق بأن الورد والياسمين يسرع فيه التلاحق ولا يتميز ، فيفضى الى المحذور بخلاف التين والعنب ، فان التمييز بينهما بين ، والله أعلم .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( والثانى ) [ ما (١) ] يخرج في كمام لا يزال عنه الا عند الأكل كالرمان والموز ، فهو للبائع ، لأن كمامه من مصلحته فهو كاجزاء الثمرة ) .

(١) ما بين المعقوفين ليس في شوق ( ط ) .

( الشرح ) هذا الضرب الثانى من الضرب الثالث الذى يكون المقصود فيه الثمرة ، والأمر كما قال المصنف حكما وتعليلا نص عليه الشافعى والأصحاب ، قال الشافعى فى الأم : وإذا باع رجل أرضا فيها شجر رمان ولوز وجوز الرانج وغيرها مما دونه قشر يواريه ، أو ظهرت ثمرته ، فالثمرة للبائع إلا أن يشترطها المبتاع ، وذلك أن قشر هذا لا يتشقق عما فى أجوافه ، واتفق الأصحاب على أن الحكم كذلك فى الرمان والوز ، وذكروا فى ذلك معنيين ( أحدهما ) أن كمامه من مصلحته كما ذكره المصنف ، وهو الذى أشار اليه الشافعى ( والثانى ) تنقشر نفس الثمرة ، فانه يدخر عليها ، فهو كالتين ، وفى كلام المصنف تصريح باطلاق الشجر على شجر الوز ، وسيأتى تعرض لحكمه فى فصل النبات غير الشجر ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فيه ، قال ابن الرفعة : ولأجله قيل : انه لا تجوز المساقاة عليه ، وأما الجوز واللوز والرانج<sup>(١)</sup> ففيه نزاع فلذلك أخره المصنف وجعله من الضرب الثالث .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( والثالث ) ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرانج ، فالمنصوص أنه كالرمان لا يدخل فى بيع الأصل ، لأن قشره لا يتشقق عنه كما لا يتشقق قشر الرمان ، ومن أصحابنا من قال : هو كثرة الفخل الذى لم يؤبر ، لأنه لا يترك فى القشر الأعلى كما لا تترك الثمرة فى الطلع .

( الشرح ) الرانج — براء مهملة ونون بعد الألف مكسورة وجيم — وهو الجوز الهندى ، وهو الفارجيل ، اذا علم ذلك فهذا الضرب ، وهو الثالث من الضرب الثالث ، فالجوز واللوز والرانج قد تقدم أن الشافعى ذكره مع الرمان ، وحكم فى الجميع بأنه للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، وبذلك قطع صاحب التقريب ، لأن قشوره لا تزول فى الغالب لا عند القطف ، وبعد القشرة العليا من الثمرة ، بخلاف الكمام فانه يعد من الشجرة ، ويترك الكمام عند القطع على الأشجار ، ونزل

(١) الرانج بفتح النون الجوز الهندى والجمع الروانج والرانج أيضا نوع من التمر أملس . . . ( ط ) .

السعف والكرانيف ، وقشور الجوز ليست كذلك ، قال الشيخ أبو حامد :  
( أما ) الذى لا اشكال فيه فالرمان والموز ، وقال فى الجوز واللوز :  
ظاهر قول الشافعى أنه وان لم تتشقق القشرة الأولى فهو للبائع ، قال :  
وقال أصحابنا : انما جعله بمنزلة الرمان اذا ظهرت القشرة التى  
تلى اللب •

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أبى حامد أن ذلك عن الأصحاب ،  
والقاضى أبو الطيب جعل الشيخ أبا حامد هو المخالف فى ذلك ، فقال :  
وغلط الشيخ أبو حامد فقال : الجوز يتشقق قشره الفوقانى  
عنه ، ويسقط ويظهر السفلى ، فيجب أن يكون ذلك بمنزلة النخل ،  
فان لم يكن تشقق فهو للمشتري ، وان تشقق فهو للبائع ، قال  
القاضى أبو الطيب : وهذا خلاف نصه ، لأن الشافعى رضى الله عنه  
قال : تشقق القشرة من هذا ليس من صلاحه اذا كان على رؤوس  
الشجر ، لأنه كتشقق الرمان الذى ليس فيه صلاحه ، وكان ذلك هو  
الحامل للمصنف على نسبة الخلاف الى بعض الأصحاب مبهما من  
غير تعيين ، وقطع الماوردى ونصر المقدسى فى الكافى بما قاله أبو حامد ،  
وقال الرويانى : انه الأقيس •

وقال المحاملى فى المجموع : قال الشيخ : وقد ذكر الشافعى رضى  
الله عنه أن حكم الجوز واللوز قشرة عليا وسفلى ، لأنه ليس  
بالحجاز شجر الجوز واللوز ، فحمل أمره على أن له قشرة واحدة ،  
وأجراه مجرى الرمان والموز ، أو علم ذلك ولكنه فرض المسألة  
فيه اذا زالت عنه القشرة العليا وبقيت السفلى ، والدليل على أنه  
أراد هذا أنه قال : دونه حائل لا يزال عنه الا فى وقت الحاجة الى  
أكله ، وهذا صفة القشرة السفلى دون العليا •

( قلت : ) أما الاحتمال الأول فبعيد ؟ لأن فى مختصر المزنى فى  
باب الوقت الذى يحل فيه بيع الثمار ، وكذلك فى الأم وهو بعد  
الموضع بشيء يسير ، أن على الجوز قشرتين واحدة فوق القشرة التى  
يدفعها الناس عليه ، ولا يجوز بيعه ، وعليه القشرة العليا لأنه  
يصلح أن يدفع بدون العليا ، وكذلك الرائج فلا يجوز أن ينسب الى  
الشافعى أنه لم يكن يعرف حال الجوز ، وأما الاحتمال الثانى فهو

قريب ولا ياباه كلام الشافعي ، فان عبارته في الأم : « وذلك أن قشر هذا لا ينشق عما في أجوافه ، وصلاحه في بقائه » هذا كلام الشافعي بحروفه ، وليس فيها ما يوجب أن يكون المراد القشرة العليا دون السفلى ، بل تعليل الشافعي رضى الله عنه بأن صلاحه في بقائه يفهم أن ما ليس صلاحه في بقائه لا يكون للبائع الا اذا زال عنه ، وقشرة الجوز واللوز العليا من هذا القبيل ، فان كانت تشقق عنه وهو على الشجر فينبغي أن يكون الأمر كما قال الشيخ أبو حامد وتغليط القاضي أبي الطيب غير متجه لكني أقول : ان تشقق القشرة العليا من على الجوز واللوز انما يكون بعد يبيسه ونهايته وكثيرا ما يؤخذ من على الشجرة مع قشرته كاللوز العاقد ، والرانج أيضا كثيرا ما يؤخذ في قشرته بعد نهايته ، بل العادة مطردة في كل ما له قشران فليس هو كثرة النخل قبل التأبير فينبغي أن يكون للمشتري كما يقتضيه اطلاق النص ، وان كان للتأويل فيه محتمل ، والله أعلم .

واعلم أن اللوز اذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ، ويجوز بيعه مع تلك القشرة كما ذكره القاضي حسين ، لأنه مقصود كاللب ، سواء مع ذلك المنصوص كما تقدم أنه يدخل في بيع الأصل ، فكأنهم شبهوه بالطلع في اللوز اذا كان صغيرا . فانه يؤكل كله ، ولا ينقطع من التبعية حتى يظهر من اللوز ، والله أعلم .

وقد نقل امام الحرمين عن العراقيين ما ذكرناه عن الشيخ أبي حامد ، وذكر عن صاحب التقريب خلافه ، وكأنه لما وقف على كلام الشيخ أبي حامد نسب ذلك الى العراقيين وقد عرفت كلامهم وهذا وهم منه ، ونص الشافعي على خلاف ذلك ، وأورد ابن الرفعة على أبي حامد أنه يقول بأن ما له نور يكون للبائع بخروج نوره ، وهذا منه ، فاذا انعقد كان للبائع بطريق الأولى ، قال : الا أن يقال في الجواب : ان ذلك قاله في ثمرة تخرج في جوف نور ، والجوز ليس كذلك ، فان البندنجي قال : انه يورد أولا وردا لا تخرج الثمرة من جوفه ، بل يذهب الورد وينعقد بنعد ذهابه ثمرة كهيئة التين أول ما يطلع ، وسيأتي في الضرب الرابع كلام عن البندنجي يتعلق بهذا الضرب في اللوز .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

(والرابع) ما يكون في نور يتناثر عنه النور كالتفاح والكمثرى ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق والقاضي أبو حامد : هو كثمرة النخل ان تنثر عنه النور فهو للبائع ، وان لم يتناثر عنه فهو للمشترى ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، واختيار شيخنا القاضي أبي الطيب رحمه الله ، لأن استنارها بالنور كاستنار الثمر في الطلع ، وتناثر النور عنها كتشقق الطلع عن الثمرة ، فكان في الحكم مثلها ، وقال الشيخ أبو حامد الاسفراييني : هو للبائع ، وان لم يتناثر النور عنها لأن الثمرة قد ظهرت بالخروج من الشجر ، واستنارها بالنور كاستنار ثمرة النخل في التأخير بما عليها من القشر الأبيض ، ثم ثمرة النخل بعد خروجها من الطلع للبائع مع استنارها بالقشر الأبيض ، فكذا هذه المرة للبائع مع استنارها بالنور .

(الشرح) النور الزهر على أى لون كان ، وقيل لونه ما كان أبيض ، والزهر ما كان أصفر ، والكمثرى بضم الكاف .

(أما الأحكام) فإذا باع أصل التفاح والكمثرى والسفرجل ، والأجاص والخوخ والمشمش ، وما جرى مجراه مما يخرج من نور ، ثم يتناثر عنه النور ، فالمشهور أنه اذا باع الأصل وقد خرج وردها وتناثر وظهرت الثمرة فهي للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، وان لم يتناثر وردها ولم تظهر الثمرة ولا بعضها فهي للمشتري ، لأن الثمرة مغيبة في الورد ، وتظهر بعد تناثره ، فهي في ذلك كثمرة النخل في التأخير وعدمه ، وهو ظاهر قوله في البويطي ، لأنه قال في آخر باب السلف قبل باب الوديعة : وحكم الابار في التفاح واللوز والفرسك اذا خرج منه وتحجب ، ونقل ذلك عن أبي اسحاق المروزي في الشرح ، والقاضي أبي حامد في جامعهم ، وأبى على ابن أبي هريرة وهو اختيار القاضي أبي الطيب كما قال المصنف ، قال في تعليقه : وغلط الشيخ أبو حامد الاسفراييني فقال : ظهور الورد بمنزلة ظهور الثمرة ، واحتج بأن الشافعي رضى الله عنه قال : حكم كل ثمرة خرجت بارزة ترى في أول ما تخرج كما ترى في آخره ، فهو في معنى ثمرة النخل بارزا من

الطلع ، وغلط فيه لأن هذا أراد به ما لا ورد له : مثل العنب والتين لأن هذا الذى يخرج بارزا وأما ما يخرج فى الورد فليس ببارز ، وانما هو فى جوف الورد وقد فسر ذلك فى الصرف وذكرت لفظه فسقط قول هذا القائل ، انتهى كلام القاضى •

والذى ذكره من لفظ الشافعى فى الصرف قال : ما كان من الثمر يطلع كما هو لا كمام عليه أو يطلع عليه كمام ثم لا يسقط كمامه ، فطلوعه كابار النخل ، لأنه ظاهر ، وهذا انما يرد على الشيخ أبى حامد بمفهومه ، فان منطوقه يدل على أن ما لا كمام عليه كالتين والعنب أو عليه كمام لا تسقط كالوز والرمان ، فالطلوع فى القسمين بمنزلة التأبير ، أما كون الطلوع فى غيرهما ليس بمنزلة التأبير فليس ذلك بالمنطوق ، بل قد يقال : انه يدل للشيخ أبى حامد لاطلاقه أن ما لا كمام عليه يكون طلوعه كالتأبير ، والذى يخرج فى نور لا كمام عليه ، وأن كان مستترا بالنور ، غير أن هذا يبعده قوله : كما هو ، فانه يشعر لا شئ عليه من كمام ولا غيره •

وقد ذكر الشيخ فى تعليقه ما نقله عن القاضى أبى الطيب فقال : ان الذى ذهب اليه شيوخ أصحابنا أبو اسحاق وأبو على ابن أبى هريرة وغيرهما أنها للمبتاع ، ولولا أنى لا أحب مخالفة كان ظاهر المذهب والأشبه بالسنة أن الأنوار اذا ظهرت للبائع ، الا أن يشترط المبتاع ، كالطلع اذا تشقق أو أبر ، وذكر كلام الشافعى رضى الله عنه الذى تقدم ثم قال : وأما معنى السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : « من ابتاع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع ، الا أن يشترط المبتاع » لما جعل ثمرة النخل للبائع اذا ظهر عند الطلع ، وذلك الظاهر نور يتفتح ، فاذا تناثر انعقدت الثمرة بعده كانت الأنوار كالطلع ، لأن النور يتناثر ثم تنعقد الثمرة بعد ذلك ، وفيه نظر ، انتهى كلامه •

والحق أنه لا حجة له فى كلام الشافعى ، فان الشافعى رضى الله عنه انما حكم بذلك فى الثمرة التى تخرج بارزة ترى فى أولها كما ترى فى آخرها ، وما يخرج فى نور ليس يرى فى أوله كما يرى فى آخره فكيف يحمل عليه ، أو يقال : انه مندرج فيه ، وما استدلل به من الحديث وما أشار اليه وذكره المصنف له من استتار ثمرة النخل

بعد التأبير بما عليها من القشر الأبيض ، فان ذلك يرجع الى تحقيق مناط ، فان الشيخ أبا حامد يقول : ان ثمرة النخل بالتأبير لا تظهر ، وانما يظهر ما يجرى مجرى ورد سائر الأشجار ، لأنه اذا تشقق المطلع ظهر ما فيه مثل الليف ، وفيه حب صغار مثل الذرة وليس ذلك هو الثمرة ، وانما الثمرة في جوف ذلك الحب ترى مثل الشعرة ، كما ترى ثمرة سائر الأشجار من بين الورد •

فان كان الأمر كما قال الشيخ أبو حامد من أن ثمرة هذا الضرب الذى نحن فيه ترى من بين الورد ، وأن ثمرة النخل مثلها ، فينبغى أن يكون الحق معه ، والافالحق مع القاضى أبى الطيب ومن وافقه ، وهذا ليس اختلافا في فقه ، بل يرجع الى أمر محسوس ومثله يقطع بادراك الصواب فيه ، والظاهر الذى تدل عليه المشاهدة أن الأمر كما قال أبو حامد ، وأراد المصنف من الاستتار بالقشر الأبيض وبالنور ما حكيناه عن الشيخ أبى حامد ، والا فظاهره أنها مستترة كلها ، وذلك يخالف ما تقدم من الحاقها قبل التأبير بالحمل لاستتارها ، وبعد التأبير بالولد المنفصل لظهورها ، والذى صححه الرافعى في ذلك أنها للمشتري ، هكذا للمحرر والروضة ، ويشعر به كلامه في الشرح وقال : ان الآخر أرجح عند أبى القاسم الكرخى وصاحب التهذيب ، وجعل أكثر الأصحاب الضابط في ذلك تناثر النور كما تقدم •

وقال القاضى حسين عن الأصحاب : ان ذلك يخرج أولا نورا ثم ينتشقق ثم يتناثر ذلك ، ثم تنعقد الحبات كالشمش والخبوخ والتفاح ونحوها ، قال : فما لم تنعقد الحبات فيه يتبع الأصل في البيع ، واذا انعقدت حباته لا يتبع الأصل في البيع مطلقا ولا يدخل الا بالشرط ، وكأن القاضى أخذ ذلك عن القفال ، فان الرويانى حكى عن القفال أنه اذا تحببت ثمارها فهي للبائع ، وان كان النور باقيا عليها ، وان لم تتحبب فالنور كالورق • هذه عبارته ويجيء من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

( الأول ) أنها للبائع بمجرد الظهور وهو قول أبى حامد •

( والثانى ) أن الاعتبار بالتحبيب وهو قول القفال •

( والثالث ) أن الاعتبار بتناثر النور ، وهو المذهب ، لقول الشافعى

رضى الله عنه في البويطى : اذا خرج من النور وتحبب ، وقد يقال :  
ظاهر النص يقتضى اعتبار مجموع الأمرين ، لكن الظاهر أن التحبب  
يكون قبل التناثر ، فذكر التناثر يغنى عنه ، وفي البحر أن الأصح  
ما قاله القفال رضى الله عنه ، وكذلك قال الخوارزمي في الكافي : انه  
لا اعتبار بتناثر النور على الأصح وذكر ابن الصباغ أن المحاملى في  
المجموع ذكر هذه الحكاية التى حكيناها عن أبى حامد ، وأنها ليست  
مذكورة في التعليق الأخير عنه ، وهذا عجب من ابن الصباغ ، فان شيخه  
أبا الطيب ذكرها عنه ، فكان ذكرها من جهة أولى ، وهى في التعليقة  
الموجودة عندنا ، وأما عدم ذكرها في التعليقة الأخيرة فلا يدل (١) .

( تنبيه آخر ) أكثر الأصحاب جعلوا الشمس والتفاح والخوخ  
من هذا القسم الذى نحن فيه ، وتكلموا فيها كلاما واحدا كما تقدم ،  
وامام الحرمين سلك طريقة أخرى فجزم بأن الخوخ والشمس  
وما في معناه مما الأزهار محتوية عليه للمشتري في مطلق البيع والتفاح  
والكمثرى وما في معناه مما لا تحتوى أزهاره على الثمار ، ولكنها  
تطلع والثمرة دونها ، قال : فما كان كذلك ماك العراقيون الى أنه  
لللبائع ، ومن أصحابنا من قال : للمشتري لعدم الانعقاد ، قال : وهذا  
هو الذى ذكره الصيدلانى .

وهذه الطريقة التى ذكرها الامام مخالفة لما قاله أكثر الأصحاب  
ولنص الشافعى الذى نقلناه عن البويطى ، فانه جعل حكم الابار في  
التفاح والفرسك شيئا واحدا ، والفرسك هو الخوخ ، والامام  
قد جعل حكمه مخالفا لحكم التفاح ، ثم ان الامام نقل مثل العراقيين  
الى أنه للبايع والعراقيون كما رأيت على أنه قبل تناثر النور للمشتري  
الا الشيخ أبى حامد ولعل الامام رأى كلام أبى حامد فنسب ذلك  
الى العراقيين كما تقدم له مثل ذلك في الجوز .

( فرع ) قال القاضى الماوردى : ان الكرم نوعان نوع منه  
يبدو منه أنوار ثم ينعقد ، ومنه ما يبدو حبا منعقدا وقد تقدم الكلام  
في ذلك ، وعد الماوردى الرمان واللوز مع ذوى النور ، قال تاج الدين  
عبد الرحمن : والمشاهد في بلادنا خلاف ذلك في الزمان ، فان نوره  
لا يكون سابقا له في أول الظهور وأما اللوز فكذلك هو عندنا ، وقال

(١) هكذا في الأصل ولعله سقط عبارة ( على شىء ) ( ط ) .

الرافعى : ان الرمان واللوز مما يخرج فى نور يتناثر عنه النور ، وما ذكرناه من الحكم فيما اذا بيع الأصل بعد تناثر النور عنه ، فان بيع قبله عاد الكلام السابق فيه ، يعنى اما أن يباع بعد الانعقاد أو بعد التناثر ، فكلام الرافعى موافق للماوردى فى أن الرمان له نور ، ولعله نوعان كالكرم •

وأطلق المتولى القول بأن العنب حكمه حكم النخيل ، قال : وان كان على حبه قشر لطيف يتفتق ويخرج منها نور لطيف ، لأن مثل ذلك يوجد فى غير النخيل بعد التأبير وقد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم للبائع ، وهذا ملاحظة منه للمعنى الذى لحظه أبو حامد فيما مضى ، وصاحب التتمة مال الى موافقته فيه أيضا ، وقال : ان ثمرة هذه الأشجار تكون تحت غطاء ، ويفارقها ويخرج من تحتها النور والثمرة والنور على رأس الثمرة ، لكنه قسمه قسمين قسم يكون له نور بغير كامم كالفتاح والكثرى والسفرجل وهو الذى حكى كلام أبى حامد فيه ومال الى موافقته • وقسم على ثمرها نور وتكون الثمرة بين كامم كالجوز واللوز والمشمس والأجاص ، قال : فقبل أن يخرج من الكامم ويتناثر نوره حكمه حكم الطلع قبل التأبير وهذا التفصيل قريب مما حكيناه عن الامام •

( فرع ) تقدم فى كلام الشافعى المحكى عن البويطى عد اللوز مع التفاح والفرسك فاعترض البندنجى بذلك على قول الأصحاب : ان اللوز كالجوز ، قال : وهو سهو منهم فيه ، قال ابن الرفعة : ( فان قلت : ) هل للشيخ أبى حامد جواب عن نصه فى البويطى ( قلت : ) لعله يقول : اللوز نوعان ، منه ما ينشق عنه قشره الأعلى على الشجر وهو المذكور فى الأم ومنه ما لا ينشق قشره على الشجر وهو المذكور فى البويطى ، وشاهد ذلك أنا نجد الفول وغيره كالفرسك لا يمكن إزالة قشره عنه دون الأسفل ولا كذلك غير الفرسك •

( فرع ) اذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ، وظهر ما فى ثمرة العام بعد البيع ففيمما حدث بعد البيع وجهان ذكرناهما فى التأبير قاله صاحب البيان ، يشير الى الوجهين المتقدمين عن ابن أبى هريرة وغيره ، وأنه لا فرق فى ذلك بين النخل وغيره •

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باع أرضا وفيها نبات غير الشجر - فان كان مما له أصل يحمل مرة بعد أخرى كالرطوبة والبنفسج والفرجس والنعنع والهندبا والبطيخ والقثاء - دخل الأصل في البيع ، وما ظهر منه فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري كالأشجار . وان كان مما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير لم يدخل في بيع الأصل ، لانه نماء ظاهر لا يراد للبقاء فلم يدخل في بيع الأصل كالطلع المؤبر ) .

( الشرح ) الرطوبة - بفتح الراء - وفي كتاب ابن البردي عن شيخه أبي الفنائم - بضم الراء - وهو غلط ، وهو القضب وهو القتب .

( أما الأحكام ) فقال أصحابنا : الزرع والنبات اسم لكل ما ينبت من الأرض ، وينقسم الى قسمين ، أصل وغير أصل ، فالأصل ضربان شجر وغير شجر ، فغير الأصل هو الزرع ، وبعبارة أخرى النبات ضربان شجر وغير شجر ، فالشجر على ثلاثة أضرب ما يقصد منه الورد أو الورق أو الثمر ، وقد مضى حكمها وأقسامها ، والنخل والكرفس داخلان في التقسيم ، وان كان المصنف أفردهما بالذكر أولا ، وغير الشجر ضربان أصل وغير أصل ولهذين الضربين عقد المصنف هذا الفصل .

فالضرب ( الأول ) الأصل وهو ما يحمل مرة بعد أخرى ( والثاني ) هو الزرع ، هكذا قسم الشيخ أبو حامد ، وهو يقتضى أن اسم الزرع مخصوص بما لا يحمل الا مرة ، وهو ظاهر ، وكذلك يقتضيه إيراد جماعة ، وجعل الرافعى رحمه الله الزرع ضربين ، فجعل ما له ثمرة يحمل مرة بعد أخرى ضربا من الزرع كالبنفسج والفرجس ، وجعل الرطوبة والنعنع والهندبا خارجا عن الزرع داخل تحت اسم الأصول حيث قال الغزالى : وأصول البقول كالأشجار ، وجعل صاحب التهذيب اسم الزرع صادقا على الثلاثة الأضرب ما يثمر مرارا كالفرجس وما يجذ مرارا كالنعنع ، وما لا يجذ مرارا وليست له ثمرة بعد ثمرة كالحنطة ، وكلام الشافعى رضى الله عنه فى المختصر يشهد لذلك ،

فانه أطلق الزرع على الضربين الأولين فهو أقرب مما سلكه الرافعى في اطلاقه الزرع على الضرب الأول دون الثانى ، فانه بحسب الحقيقة صادق على الجميع وبحسب العرف قد يقال : انه لا يصدق عند الاطلاق الا على الأخير والأمر فى ذلك قريب أو هو راجع الى اللفظ .

( وأما ) المعنى والأحكام فالأضرب الثلاثة فيه مختلفة والمصنف لم يذكر لفظ الزرع وانما ذكر لفظ النبات ولا شك أنه شامل للجميع لكنه جعلها فى الحكم قسمين وجعل الرطبة والبفسج من القسم الأول ، وأشعر كلامه بأن حكمها متحد فأما فى دخول الأصل فصحيح على ما سيأتى تفصيله ، وأما فى كون ما ظهر منه للبائع وما لم يظهر للمشتري فان ذلك مختلف فالبفسج ما ظهر من ثمرته للبائع وما لم يظهر من ثمرته للمشتري وأما أصله فحكمه حكم الشجر والرطبة ليس لها ثمرة فما ظهر منها نفسها يكون للبائع ، وما لم يظهر للمشتري ولم يبين فلذلك يتعين أن يقسم القسم الأول فى كلام المصنف الى قسمين فيكون مجموع الأقسام ثلاثة ، كما ذكرها البغوى والرافعى ، وان كنا نحن لم نطلق اسم الزرع على جميعها .

( القسم الأول ) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبفسج والنجس والبطيخ والقثاء والبادنجان وعد صاحب التهذيب من ذلك الموز والكرسف المجازى فأما الكرسف المجازى فقد أفرد المصنف بالذكر فيما مضى وأما الموز فذكره المصنف أيضا فى القسم الثانى من أقسام الشجر فيما تقدم ، وهو الأقرب فانه شجر لغة وعرفا ، والكلام الآن فى النبات الذى لا يسمى شجرا فلا يحسن عد الموز فيه ، اذا عرفت ذلك فحكم هذا القسم أن ثمرته الظاهرة حال البيع تبقى للبائع والأمثلة المذكورة مختلفة ، فمنها ما لا تخرج ثمرته الا ظاهرة كالبفسج ، فان ورده أشبه الأشياء بالياسمين ، ليس فى كمام ، فان كان قد ظهر من ورده شئ فورد تلك السنة للبائع الا أن يشترط المبتاع ، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد ، وفى معنى ذلك البطيخ والقثاء والبادنجان اذ لا فرق بينهما .

وأما النرجس فانه كالورد الأبيض والإحمر يخرج عنه أوراق خضر . لا يظهر منه شئ ثم يتفتح ، فان كان قد تفتح منه شئ فان

ثمرة هذا العام للبائع الا أن يشترط المبتاع ، وأما أصوله فيها الطرق السابقة في الأشجار حرفا بحرف ، سواء في ذلك ما ظهر منها على وجه الأرض وما بطن ، فحينئذ حكم هذا القسم في تبعية الأصول للأرض ، وفي حكم الثمار حكم سائر الأشجار ، هذا هو المشهور ، وحكى الرافعي وجهها في النرجس والبنفسج أنهما كالحنطة والشعير ، وحكاها الروياني في البنفسج ، وعن الشيخ أبي حامد أنه ضعف الوجه المذكور في النرجس ، وقال : هذا كلام من لم يعرف النرجس ، فان النرجس له أصل يبقى عشرين سنة وإنما يحول من موضع الى موضع في كل سبع سنين لمصلحته ولا خلاف في هذا القسم والذي بعده أن بيع الأرض صحيح وليس كبيع الأرض المزروعة زرعاً يحصد مرة واحدة كما سيأتي في القسم الثالث ، ومن صرح بنفي الخلاف صاحب التتمة .

( القسم الثاني ) وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف ، الأصل الذي ليست له ثمرة بعد ثمرة ، ولكنه يجذ مرة بعد أخرى كالسداب والكراث والنعنع والهندبا والطرخون والكرفس والقصب الفارسي ، وأشجار الخلاف التي تقطع من الأرض كل مرة ، والرطب وهي القضب ويسميا أهل الشام الغصة — بالصاد المهملة — والقت — بالتاء المثناة — وهو القرط . قال الأزهري : هو القت الذي تسميه أهل العودي<sup>(١)</sup> وقد عطف المصنف القضب على القت فيقتضى أنهما متغايران ، وكلام النووي يدل على أن القضب والقت والقرط والرطوبة شيء واحد ، ولذلك صرح به القاضي أبو الطيب ، ولكنه بلغه العراق الرطوبة ، وبلغه أهل بلادنا القرط ، وبلغه الشام الغصة والصواب أن القت والرطوبة شيء واحد ، وأن القرط الذي ببلادنا شيء آخر ، والرطوبة توجد أيضاً في صعيد بلادنا ، والله أعلم .

ففي هذا القسم إذا باع الأرض وفيها شيء من ذلك ظاهر على الأرض فالجذوة الظاهرة عند البيع للبائع ، لا خلاف في ذلك ، لأنها ظاهرة في الحال لا تراد للبقاء ، فلم تدخل في البيع الا بالشرط كالثمرة

---

(١) كذا بالأصل ولعل صوابه مع جبر ما سقط منه هكذا : تسميه أهل البوادي الصنصافة ، راجع المصباح .  
( الخطمي )

المؤبرة ، وفي دخول أصولها الكامنة في الأرض في بيع الأرض الخلاف الذي في الأشجار ، هكذا ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم ، وعن الشيخ أبي محمد الجويني القطع بالدخول هنا ، والفرق بينها وبين الشجر أن هذه كامنة في الأرض نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار ، فانها بادية ظاهرة مفارقة للأرض في صفتها ، هكذا حكى عنه في النهاية والبسيط والشرح ووقع في الوسيط أن الشيخ أبا محمد قطع بأنه كالزرع يعني فلا يدخل ، وذلك خلاف المشهور عن الشيخ أبي محمد قال ابن الرفعة : ولو صح ذلك عن الشيخ لأمكن أن يقال في الفرق بينه وبين الشجر أن مدة ابقائه في الأرض قد تسلم ، فلا يكون مراداً للدوام بخلاف الشجر ، وأيد ذلك بالوجه الذي حكاه الرافعي في البنفسج والفرجس أنهما كالحنطة والشعير ، إذ لا يظهر فرق بين هذين وبطريقة حكاهما الماوردي في البطيخ ، وما يوجد مرة بعد أخرى لكن في عام واحد ، أنه كالزرع فيكون للبائع ، قال : فقد يحصل لما في المسألة ثلاثة أوجه .

( قللت ) يعني ثلاث طرق القطع بالدخول ، والقطع بعدم الدخول ، وأجراء الخلاف ، والله أعلم . لكن شرط اثبات هذه الطرق أن تتحقق نسبة الطريقة التي في الوسيط الى قائل ، والأظهر أن ذلك وهم ناسخ لمخالفتها ما في البسيط والنهاية ، وقد رأى الامام أن القياس طريقة أجراء القولين ، وخالف ما نقله عن والده ، قال : إذ لا يلوح فرق بينها وبين الغراس والأبنية ، وقول ابن الرفعة بأن مدة بقاء أصولها قد تعلم . أن سلم معارض بأن بعض الأشجار قد يكون كذلك ، ولكن تارة تطول مدته وتارة تقصر ، نعم مقتضى الوجه الذي نقله الرافعي في البنفسج والفرجس أنه يثبت ثلاثة أوجه بذلك وإن لم يثبت ما عندي الى الشيخ أبي محمد من جعلها كالزرع .

( فإن قلنا ) بأن الأصول لا تدخل في بيع الأرض ، فهي باقية على ملك البائع ، والخيرات كلها على ملكه الموجودة عند العقد والحادثة ، والكلام في وجوب تبقيتها كما تقدم في الأشجار ( وإن قلنا ) بظاهر المذهب ، وأن الأصول داخلة قال صاحب التهذيب : فلا يجوز حتى بتخلف البائع على نفسه قطع ما هو ظاهر منه ، لأنه يزيد فيختلط

المبيع بغير المبيع ، وتبعه على ذلك الراعى ولم يذكر فيه خلافا  
والذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمتولى والقاضى  
حسين أن البائع يطالب بجذها فى الحال وليس له أن يتركها حتى تبلغ  
أوان الجذاذ لأن تركها يؤدى الى الاختلاط وسكتوا عن وجوب اشتراط  
القطع فى العقد بل زاد الماوردى على ذلك فحكى وجهين فى أنه هل  
ينتظر به تنهاى جذاه ؟ •

( أحدهما ) ينظر فاذا بلغ الحد الذى جرت العادة بجذاذه عليه  
لقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذوة بكمالها للمشتري ، قال :  
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل بعد العقد للبائع  
تبعا لما أطلع منها وأبر • ( والوجه الثانى ) أنه لا ينتظر به كمال  
جذاذه ، بل يكون للبائع ما ظهر منه وقت العقد وليس له حـ فى  
غيره ، وبه قال أبو اسحاق المروزي ويمر بجذاذه ، وإن لم يستكمل ،  
ويكون الأصل الباقي وما يستخلف طلوعه بعد العقد تابعا للأصل ،  
وهذا قول من زعم أن ما أطلع من ثمار النخل من بعد العقد يكون  
للمشتري ولا يكون تبعا لما أطلع منها وأبر ، وهذا البناء الذى أشار  
اليه الماوردى يقتضى أن يكون الصحيح على طريقة أبى حامد  
الاسفرايينى والراعى أن القلع لا يجب عقيب العقد حتى تتكامل  
تلك الجذوة ، لأن الصحيح عندنا أن ما أطلع بعد البيع تابع لما أبر قبل  
البيع ، فيكون للبائع ، وإن كان الأصح عند الماوردى أنه للمشتري  
ولا يلزم الشيخ أيا حامد أن يقول بأنه لا يجب القطع الا أن يسلم  
البناء المذكور ويفرق بين الصورتين بأن للطلع حدا ، وهو نهاية ذلك  
الحمل الذى أطلع بعضه وأبر ، وجرت العادة بالتلاحق فيه ،  
بخلاف الرطبة فإنها كلها كالحمل الواحد ، وقد نص أبو حامد فى تعليقه  
على هذا الفرق ، لكن فى التبعية فقال : ان للطلع حدا ينتهى اليه ، وليس  
للرطبة حد ، هذا فرق الأصحاب ، وفرق من عند نفسه بفرق آخر •  
وهو أن لا منفعة للمشتري فى قطع الثمرة ، وللبائع منفعة فى قطعها ،  
والرطبة فى قطعها فائدة للمشتري ، وفى تركها فائدة للبائع لأنها تزيد ،  
انتهى •

وما قاله أبو حامد وصاحب التهذيب والراعى لم يلاحظوا فيه  
الوجه الذى نقله الماوردى من أنه ينتظر به تنهاى جذاه ، فإن

قلنا به فلا يجب القطع أصلا هو بتعليه مصادم لقول أبي حامد :  
انه ليس للربة جذ توجد عليه ( وان قلنا : ) انه ليس للبائع الا ما كان  
ظاهرا فيجب القطع ، وأما كونه يشترط شرطه في العقد فقد يقال :  
انه لا حاجة الى ذلك لأنه اذا كان القطع واجبا بمقتضى العقد فلا  
حاجة الى شرطه فانه انما يشترط القطع في الثمار لأن مقتضى الاطلاق  
فيها الابقاء ، وهذا هو الأقرب الى كلام الروياني ، فانه قال : اذا  
باع الأرض مطلقا وهناك بيت ظاهر فهو للبائع باطلاق العقد وعلى  
البائع نقله في الحال وهكذا عبارة صاحب التتمة وغيره .

ويحتمل أن يقال : لابد من شرط القطع ، كما أنه لابد من  
شرط القطع في بيع الثمرة التي يعلم أنها تتلاحق وتختلط على ما  
سيأتى ، ولا يفرق بين اختلاط المبيع بغيره ، وبين اختلاط ثمرة  
المبيع ، بدليل أن الحكم مطرد فيما اذا باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة  
واختلطت بغيرها على الطريقة الصحيحة الا أن يقال : ان الثمرة  
هي المقصود الأعظم من الشجر ، أو كل المقصود ، وأما أصل الرربة  
الموجود في الأرض فليس هو كل المقصود من الأرض ولا معظمه .

وسأجمع ان شاء الله تعالى هذه المسائل جملة في آخر الباب ،  
عند الكلام فيما اذا باع ثمرة يعلم اختلاطها بغيرها وقد انتظم  
في هذه المسألة ثلاثة أوجه ( أحدها ) أنه يجب شرط القطع في العقد ،  
وهو ما قاله البغوى والرافعى ( والثاني ) لا يجب ولا يكلف به  
الا أن تتكامل الجذة ، فتكون كلها للبائع ( والثالث ) أن البائع يكلف  
القطع حال العقد ، ولا نقول : ان شرط ذلك واجب في العقد ،  
وهو مقتضى كلام أبي حامد وأبى الطيب والمتولى والرويانى ، فان لم  
يجز البائع حتى زادت في ملك المشتري واختلطت ، فيخرج على القولين  
في الاختلاط ، قاله الفورانى ، والله أعلم .

( فرع ) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما اذا كان  
الزراع بذرا لم يظهر بعد ، قال : فمن انتظر بها تنهى الجذاذ  
جعل ما ينبت من هذا البذر أول جذة للبائع ، ومن لم ينتظر به  
التناهى وجعل حق البائع مقصورا على ما ظهر جعل البذر وجميع  
ما يظهر من نباته للمشتري ، ولك أن تقول : الموجب لانتظار تنهى

الجذاذ كونه ملك الظاهر وتبعية الباطن من تلك الجذة للظاهر منها ، وهذا المعنى مفقود فيما اذا لم يكن ظهر منها ، فينبني الجزم بأنها تكون للمشتري كالثمرة غير المؤبرة ، لكن هذا الوجه مع بعده وغرابته هو مقتضى كلام الشافعى فى الأم اذ قال :

« وان كان البائع قد أعلم المشتري أن له فى الأرض التى ابتاعها بذرا سماه لا يدخل فى بيعه ، فاشترى على ذلك ، فلا خيار للمشتري ، وعليه أن يدعه حتى يصرم ، فان كان مما ينبت من الزرع تركه حتى تصرمه ، ثم كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلعها ولا قطعه ، وان عجل البائع ففعله قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يدعه يستخلف ، وهو لمن وجد ثمرة غصة ، فليس له أن ينتظر أخرى ، حتى يبلغ ، لأنه لم يكن له مما خرج منه الا مرة واحدة ، فيعجلها ولا يتحول حقه فى غيرها بحال » .

ولذلك اطلاق صاحب التنبيه فى قوله : والجذة الأولى للبائع ، يشمل بعمومه ما اذا كان منها شئ ظاهر ، وما اذا لم يكن وظن ابن الرفعة أنه لا قائل بذلك من الأصحاب بعد حكايته نص الشافعى ، كأنه لم يقف على الخلاف الذى حكاه الماوردى فاذن نص الشافعى واطلاق صاحب التهذيب موافق للوجه الذى حكاه الماوردى وليس لقائل أن يحمل النص المذكور على ما اذا اشترط البائع واشتثنى ذلك لنفسه كما دل عليه أول كلام الشافعى ، لأنه لو كان كذلك واشترط البائع البذر لنفسه كانت الأصول وكل جذة تحصل له وقد صرح الشافعى بعدم ذلك وأنه ليس الا الجذة الأولى . فان تعسف متعسف وحمله على ما اذا اشترط البائع أن الجذة الأولى له ففيه نظر ، يحتتمل أن يقال بالصحة ، كما لو استثنى الثمرة غير المؤبرة ، ويحتتمل أن يقال بالفساد ، فانه قد لا يتميز حق البائع من حق المشتري بخلاف الشجر مع الثمر ، فانهما متميزان ، وبالجمله فالوجه المذكور ضعيف غريب ، والصحيح المشهور أن البذر وجميع ما يظهر من المشتري ومن الواضح أن صورة المسألة فيما تتكرر ثمرته ، والله أعلم .

( فرع ) باع الأرض وفيها البقول المذكور بعد جذها ، فليس على الأرض منها شئ ظاهر يقال : انه للبائع ، وما فى بطنها من العروق

جزم القاضى أبو الطيب بدخوله فى البيع ، وذلك بناء منه على أن الشجر يدخل فى البيع ، فالطرق الجارية فيه وفى أصول البقول إذا كان منها شئ ظاهر جارية هنا من غير فرق ، وأما الوجهان اللذان ذكرهما الماوردى فى البذر وتكلمت عليهما آنفاً فالقياس اجراؤهما هنا أيضاً ، وإن كان الأصح أن ذلك للمشتري ، لأنه ليس ثم شئ ظاهر يستتبع ما ليس بظاهر •

( فرع ) إذا كان فى الأرض أشجار خلاف (١) يقطع من وجه الأرض كل مدة ، قال صاحب التهذيب : حكمها حكم القصب الفارسى ، وقال الرافعى : حكمها حكم القصب ، والمراد واحد ، وهو أن حكمها حكم القسم الثانى الذى فرغنا منه •

( أما ) إذا كان فيها جذوع خلاف ، عليها قوائم ، فهى بمنزلة أغصان سائر الأشجار •

( فرع ) إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهراً عند العقد من البقول ( أما ) على ما اختاره الرافعى رضى الله عنه من وجوب شرط القطع ( وأما ) على الوجه الثالث ، قال صاحب التتمة ، ثم الرافعى عنه أنه لا فرق بين أن يكون ما ظهر قد بلغ أو أن الجذ أو لم يكن ، وأطلقا ذلك الحكم من غير تفريع لأنهما لم يذكرهما الوجه الثانى الذى ذكره الماوردى ، واستثنيا من ذلك القصب ، فإنه لا يكلف قطعه إلا أن يكون ما ظهر قدرا ينتفع به ، وكذلك قال الشيخ أبو حامد : القصب الفارسى إذا كان للبائع لم يلزمه نقله وتحويله الى وقت قطعه فى العادة ، وهو زمان الشتاء فإنه ان قطع قبل ذلك الوقت تلف ، ولا يصلح لشئ ، وكذلك الرويانى والجرجانى قالا : ان البائع يمكن حتى يقطعه إذا جاء وقته ، لأن له وقتاً يقطع فيه •

ولك أن تقول اشكالا على الرافعى : انه إذا كان البيع يجب فيه شرط القطع ، فاما أن يكون ذلك عاما فيما ينتفع به وما لا ينتفع به أو لا ، فإن كان عاما فيجب الوفاء به ، وإن كان محله فيما ينتفع به فلا وجه لاستثناء القصب وحده بل كل ما لا ينتفع به ، والقول بوجوب شرط القطع

---

(١) بضم الخاء وفتح اللام مع التشديد ، وهو ما يسمى فى ديار مصر بالربة •  
( الطيمى )

فيما لا ينتفع به بعيد ، ألا ترى أن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح إنما يجوز بيعها بشرط القطع إذا كان المقطوع مما ينتفع به ( فان قلت : ) ذاك لأن المنفعة شرط في المبيع والمقطوع هنا غير مبيع ( قلت : ) لكنه فيه إضاعة مال فيمنع شرطه لذلك ، نعم قد يقال أن هذا يجب قطعه ، وإن لم يشترط ، لأنه يصير في ملك المشتري على أصله فلا يلزمه إبقاؤه وإذا لم يلزم فيجوز اشتراط قطعه وفوات ماله مقابل لما يحصل للبائع من ثمن المبيع ، فقد يكون له غرض في اغتفار ذلك بازائه ، وهذا الاشكال الثاني بعينه لازم لصاحب التتمة والشيخ أبي حامد ، ولكن الشيخ أبا حامد ليس في كلامه تصريح بقصر ذلك على القصب ، فلملح يقول به في كل ما لا ينتفع به إذا قطع ، بخلاف صاحب التتمة ، فان ظاهر كلامه الفرق بينه وبين الزرع في ذلك .

وقد يؤخذ من كلام أبي حامد المتقدم جواب على ذلك من قوله : ان للقصب وقتا يقطع فيه ، فان ذلك يقتضى تشبيهه بالزرع الذى يجب إبقاؤه لما قدمه الرويانى في الفرق من المعنى ، أن له وقت نهاية ، والرطوبة ليس لها وقت نهاية ، لكن ذلك بعيد ، لأن كلا من الرطوبة والقصب الفارسي له وقت يؤخذ فيه في العادة ، ويزيد بعده بخلاف الزروع التى بعد وقت أخذها لا تزيد شيئا ، والله تعالى أعلم .

( فرع ) من البقول ما يبقى أصله سنين وهو الذى تجرى فيه الأحكام المتقدمة ، ومنه ما يبقى سنة واحدة يجيء مدة بعد مدة في السنة ، قال الشيخ أبو حامد : حكم هذا عندي حكم الزرع كله للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، فهذا ذكره الشيخ أبو حامد في هذا القسم الثاني ، وهو ما يجز مرة بعد أخرى ، وذكر الماوردي في نظيره من القسم الأول وهو ما يثمر مرة بعد أخرى ، لكن في عام واحد كالبطيخ والخيار والقثاء ذكر فيها وجهين ( أحدهما ) وهو قول البغداديين أنه في حكم الشجر ، فيكون للبائع من ثمرته ما قد ظهر ، وللمشتري الأصل وما يظهر ( والوجه الثاني ) وهو قول البصريين أنه في حكم الزرع ، فيكون للبائع أصله وثمره ، لأنه زرع عام واحد ، وإن تفرق لقاط ثمره ، والشجر ما بقى أعواما والحق به ما بقى أعواما كالعلف ، ولم يلحق به ما بقى أعواما واحدا . والرويانى جزم القول فيما يجز دفعة بعد أخرى بالتسوية بين ما يبقى مدة يسيرة كالهندبا والجرجير ، وما يبقى

سنين • ومقتضى كلامه أن ذلك منصوص عليه في الأم ، وحكى مع ذلك ما نقله الماوردي •

( فرع ) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام فيما لا يؤخذ مرة بعد أخرى أربعة ( الأول ) أصل له ثمرة بعد ثمرة وأصله يبقى سنين في الأرض •

( والثاني ) أصل له ثمرة بعد ثمرة يبقى عاما واحدا •

( الثالث ) أصل له ثمرة لكنه يجذ مرة بعد أخرى ويبقى أصله سنين في الأرض •

( الرابع ) أصل يجذ مرة بعد أخرى في عام واحد وهذا هو الذي نقلته فيما تقدم عن الشيخ أبي حامد ، وما ذكره الماوردي في القسم الثالث من الخلاف يأتي فيه إذ لا فرق بينهما ، والله أعلم • وهذه الأقسام الأربعة كلها في القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف ، وبذلك تعرف مراتب الأمثلة التي ذكرها ، فالبنفسج والنرجس من القسم الأول ، والبطيخ والقثاء من القسم الثاني ، والنعنع والهندبا والرطبة منه ما يبقى سنين في الأرض ، فهو من القسم الثالث ، ومنه ما يبقى سنة واحدة كقرط بلادنا وكثير من بقولها ، فهو من القسم الرابع ، والله عز وجل أعلم •

( فرع ) الموز أصله لا يحمل الا سنة واحدة ، ثم يموت بعد أن يستخلف مكانه فرخا يحمل بعد ذلك ، فإذا باع الأرض وفيها شجر موز فلا شك أنه إذا كان عليه ثمر يكون الثمر للبائع ، فقد مر ذلك في كلام المصنف ، والكلام ههنا في أن أصل الموز نفسه هل يدخل في بيع الأرض ؟ كما يدخل الشجر أو لا ؟ وقد تقدم عن صاحب التهذيب أنه عده في القسم الأول • وأن الأصول تدرج على أصح الطرق كالشجر ، وكأنه رأى أن اسم الشجر يطلق عليه فلذلك أجرى عليه حكمه ، والذي قاله الماوردي أن الأصل الموجود وقت العقد لا يدخل في البيع كالزراع ، لأنه لا يبقى بعد سنة ، والفرخ الذي يستخلف كالشجر يدخل في البيع •

( قلت : ) وقوله : ان الفرخ يدخل في البيع ، ان فرض في فرخ يحدث بعد البيع فلا معنى لتشبيهه بالشجر ، ولا يقال : انه دخل

فى عقد البيع ، بل ذلك كسائر ما يحدث يستحقه المشتري بحكم الملك لا بحكم الدخول فى العقد ، وان فرض فى فرخ يكون حاصلًا عند العقد فقد يقال : ينبغى على قوله أن لا يدخل ، لأنه لا يبقى لأنه ليس له أكثر من ثمرة واحدة كالزراع ، وقد قال الشافعى فى الأم بعد ذكر بيع الأرض وفيها القصب : اذا باع أرضا وفيها موز قد خرج ، فله ما خرج من الموز قبل بيعه ، وليس له ما خرج مرة أخرى من الشجر الذى تحت الموز ، وذلك أن شجر الموز عندنا يحمل مرة وينبت الى جنبها أربع ، فيقطع ويخرج فى الذى حولها ، وهذا الكلام محتمل لأن يكون المراد به أن ثمر الموز الموجود عند العقد للبائع ، وما يحدث بعده للمشتري ، وهذا صحيح لا اشكال فيه ، وليس فيه ما يشهد لما قاله الماوردى ، ولا لما قاله صاحب التهذيب ، فان سألت عن حكم الشجرة نفسها على هذا التفسير ، ويحتمل أن يكون مراده به الشجرة نفسها ، وان كان خارجا منها يكون للبائع ، وما نبت من فرائخها يكون للمشتري ، فيوافق كلام الماوردى وهو الذى فهمه ابن الرفعة •

ولم يترجح عندى هذا الاحتمال على الذى قبله • لكنه يؤخذ من كلام الشافعى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، لقوله : ان ما خرج مرة أخرى ليس للبائع ، فان كان مراده الفرخ فذاك ، وان كان المراد ثمرته فيلزم من كون الثمرة للمشتري أن يكون الأصل له ، وهذا لا شك فيه فى أن الفرخ الحادث بعد البيع للمشتري ، واذا ثبت ذلك دل على أن أصل شجر الموز الذى هو مستقر فى الأرض يدخل فى بيعها ، لأن الفرخ الذى حكمنا بكونه للمشتري يثبت منه •

(وأما ) الفرخ الموجود وقت العقد وهو ينبئ على الاحتمالين اللذين ذكرتهما فى كلام الشافعى رضى الله عنه فى قوله : فله ما خرج من الموز قبل بيعه ان كان مراده الثمرة فلا دلالة فيه ، وان كان مراده الشجرة نفسها فيشمل الأم وفرائخها ، وكلام الجورى يشهد للتفسير الأول فانه قال فى معرض نقل كلام الشافعى : فان باعه أرضا وفيها موز فللبائع ما خرج من الموز ، وليس له ما يخرج بعد ذلك • ولا ما لا تخرج أولاده التى الى جنبه ، فقوله : ولا ما تخرج أولاده يدل على أن الكلام فى الثمرة فان الحقنا ذلك بالربطية اقتضى

أن لا يدخل شيء بما ظهر في البيع لا الأم ولا فراخها ، كما ذلك مقتضى هذا الاحتمال ولذلك لا تجوز المساقاة عليه جزما كما يقتضيه كلام الماوردي في باب المساقاة ، وإن ألحقناه بالشجر اقتضى دخولهما •

وقد يقال : تلحق الأم بالربطة لقرب قطعها ، وأما الفرخ فإنه يقصد بقاءه حتى تقطع الأم ويكبر وتحدث ثمرته بعد ذلك فكذلك بقول : أن الفرخ يدخل لشبهه بالشجر في كونه مقصود البقاء ، والأم لا تدخل كما يقتضى ذلك كلام الماوردي ، فنظرت في هذه الاحتمالات الثلاثة أيها أرجح ، فوجدت أرجحها على مقتضى المذهب أنهما يدخلان الأم والفراخ ، كما قاله صاحب التهذيب ، فإن الذي بلغنى من حال الموز ممن له فيه معرفة يخالف حال الربطة ، فإن شجرة الموز ينبت الى جانبها من أصلها فراخ فإذا تكامل حمل الشجرة الأصلية قطع عرجون الموز مع شيء من رأس الشجرة ، ويبقى بقيتها لأجل تربية الفرخ ، وأنه متى قطعت كلها يموت الفرخ ، فيبقى لأجله حتى يتكامل الفرخ وتجف هي ، وتتساقط بنفسها الى الأرض ، فيخلفها ذلك الفرخ وي طرح الموز ، وهكذا على الترتيب لابد من بقاء الأم لتربية أولادها ، ولا يكون من أولادها الا واحد ويقطع الباقي لئلا يضر بأمه ويشرب ماءها •

فإذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها لافساد فرخها ، وأن فرخها لا ينتج بدونها ، ظهر لك الفرق بينها وبين الربطة ، فإنه لو قلنا للبائع : أن يقطع ما ظهر من الموز ويبقى الجذر في الأرض وحده ، لم ينبت بعد ذلك منه شيء لم ينتفع به المشتري فلا يمكن القول بعدم دخولها في البيع لذلك ، ولذلك لا يمكن القول بعدم دخولها في الأم ودخول الفرخ ، لأنه كان يكون للبائع قطع الأم فيتلف الفرخ ، فلا بد من ابقائهما ، وهو قول صاحب التهذيب ، والله أعلم •

والظاهر أن مراد الماوردي بالفرخ الذي يكون للمشتري ، ما حدث بعد البيع ، وقد يطلق على مثل ذلك أنه داخل في العقد توسعا في العبارة ، ووقع في كلام الماوردي أن الفرخ يحمل في العام القابل ، وقد أخبرني بعض أهل المعرفة بذلك أنه لا يقيم سنة بل تارة تكون

اقامته شهرين ، وتارة أكثر من ذلك ، فلعل مراد الماوردى بالسنة المدة التى تبقى فيها كما يقال سنة الزرع ، وان كان لا يراد حول كامل ، وقد ظهر أن الموز نوع غريب لم يشملته التقسيم ، لأن له أصلا ثابتا . ولا يحمل الا مرة ، ويستمر جذره فى الأرض سنين ولا يجذ كالرطبة ، والله أعلم .

( فرع ) لو كان فى الأرض جزر أو سلق أو ثوم أو فجل أو بصل ، قال صاحب التهذيب : لا يدخل شئ منها فى بيع الأرض ، يعنى ويكون ذلك من حكم التقسيم الذى سيأتى ، وهو الزرع الذى لا يحمل الا مرة ، وكذلك الرافعى ، الا أنه لم يذكر البصل ، ولو باع أرضا فيها جزر أو فجل بجزرها وفجلها نقل الماوردى عن الافصح وجهين ( أحدهما ) لا يجوز ( والثانى ) يجوز تبعا .

( فرع ) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيما اذا أطلق البيع ، أما لو باع الأرض وشرط ذلك للمشتري ما يحصل مرة بعد أخرى كالبقول ، فللمشتري الفروع والعروق ، قاله صاحب التتمة ، وفرق بين هذه حيث يقول عند الاطلاق : لا يدخل ما ظهر منها ، وبين الشجر ، بأن هذه لا تتراد للدوام ، وهى نماء ظاهر ، فصارت كالثمرة المؤبرة والشجرة تتراد للدوام فاستوى فرعها وأصلها ، وصار الجميع للمشتري .

( القسم الثانى ) من كلام المصنف . وهو الثالث من التقسيم الذى ذكرته أولا . ما لا يحمل الا مرة كالحنطة والشعير والباقلا والكتان . فلا خلاف أنه لم يدخل فى الأرض الا بالشرط لما ذكره المصنف . والطلع المؤبر الذى جعله مقيسا عليه ثبت حكمه بالحديث المتقدم : « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع » .

وقوله نماء ( ظاهر ) احتراز من الطلع الذى لم يؤبر ( وقوله ) لا يراد للبقاء احتراز من الغراس اذا قلنا يدخل فى بيع الأرض على ظاهر المذهب ، والرافعى رحمه الله اقتصر على التعليل بعدم الدوام والثبات قال الماوردى : ( فان قيل ) الثمرة قبل التأبير مستبقة

لكامل المنفعة لم تجن وهي داخلة في البيع ؟ فهلا كان الزرع مثلها ؟  
( قيل : ) الفرق بينهما أن الثمرة حادثة من خلقة الأصل المبيع ،  
والزرع مستودع في الأرض بفعل الآدمي : ألا ترى أن الأرض يدخل  
فيها المعدن لأنه خلقة في الأرض ، ولا يدخل فيها الركاز لأنه مستودع  
فيها •

واعلم أن الترجمة عن هذا القسم تشمل الموز لأنه نبات لا يحمل  
الا مرة واحدة ، لكن لا قائل بأن جذره الثابت في الأرض لا يدخل ،  
بخلاف الحنطة والشعير ، فالمراد حينئذ بهذا القسم ما لا يحمل الا  
مرة ، وليس له أصل ثابت في الأرض ، وبذلك يخرج الموز ، فان  
له أصلا ثابتا ، منه تنبت الفراخ ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في القسم  
الحاضر : النبات اما أن يكون له أصل ثابت في الأرض أو لا ، فالأول  
اما أن يكون يحمل مرة واحدة كالموز ، أو مرات ، فأما في عام واحد  
كالبطيخ ، أو في أكثر كالرطوبة ، وسائر ما يجذ ويثمر مرات ، والذي  
لا بقاء لأصله هو الزرع ، فالحنطة والشعير وشبههما • أو نقول :  
النابت اما أن يثمر ويجذ مرات • أو مرة واحدة فالأول اما في عام  
واحد أو في أعوام ، والثاني اما أن يبقى أصله كالموز أو لا يبقى  
كالحنطة والشعير •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وفي بيع الأرض طريقان : من أصحابنا من قال : فيه قولان ،  
لأنها في يد البائع الى أن يحصد الزرع ، فكان في بيعها قولان  
كالأرض المستأجرة ، ومنهم من قال : يصح بيع الأرض قولاً  
واحداً لأن المبيع في يد المشتري ، وإنما يدخل البائع للسقي  
أو الحصاد ، فجاز بيعه قولاً واحداً كالأمة المزوجة ) •

( الشرح ) الطريقان مشهوران ، والأولى منسوبة الى أبي إسحاق  
المروزي ، وجمهور الأصحاب على الطريقة الثانية ، وهي التي صححها  
الرافعي وغيره وقاسوها على بيع الدار المشحونة بأمتعة البائع ،  
وعلى بيع الأمة المزوجة ، وفرقوا بينها وبين الدار المستأجرة بأن يد  
المستأجر حائلة بكل حال ، فكان كما لو أجزر أمته ثم باعها بطل

البيع على أحد القولين ، ولو زوجها ثم باعها صح البيع قولاً واحداً ، وذكر الشيخ أبو حامد أن الأصحاب فرقوا بفرقين آخرين لا يتضحان لم نذكرهما ، ورد الجمهور طريقة التخريج على القولين بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب القطع بالفساد لأن مدة بقاء الزرع مجهولة ، ألا ترى أن بيع الدار التي استحققت المعتدة سكنها ، إذا كانت العدة معلومة كالأشهر فيها قولان ؟ وإذا كانت مجهولة كالحمل والأقراء بطل قولاً واحداً .

وذكر ابن الرفعة سؤالاً قد يعترض به على هذا ، وهو أن لأبي إسحاق أن يقول : مدة الزرع — وإن لم تعلم يقيناً — فالعرف الغالب يضبطها ، فإن فرض مخالف فنادر ، وزمنه يسير معتبر ، والمنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر ، بل لأنها قد تموت فتكون المنفعة عائدة للمشتري ، ولهذا نقول على طريقة قاطعة لا يصح ، وإن كانت عدتها بالأشهر ، وهذا السؤال مندفع بمن لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل ، فإنه لا يصح بيع الدار التي استحققت سكنها للعدة ، وإن كانت العدة تضبطها ، فلما لم يغتفر ذلك كذلك لا يغتفر مثله في مدة الزرع .

( وقوله : ) أن المنع من بيع دار المعتدة بالأقراء ليس لما ذكر إلى آخره لا يحسن ، فإن الكلام إنما هو في القطع بالفساد ، ولا يجوز أن تكون العلة في ذلك ما ذكره والا لقطعنا بالفساد في دار المعتدة بالأشهر ، فمستند القطع بالفساد في دار المعتدة بالأقراء والحمل وعدم إجراء الخلاف فيه إنما هو الجهالة .

( وأما ) قوله : أن المنافع تكون عائدة للمشتري . فاعلم أن المنقول في توجيه الطريقة القاطعة التي ذكرها أن منفعة الدار المعتد فيها ليست مملوكة للمعتدة ، فإنه لو ماتت كانت منافعها للزوج ، فيكون إذا باعها كمن باع داراً واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة . والظاهر فيه البطالان ، والذي يليق بهذه الطريقة إذا صححنا بيعها أن تكون المنافع باقية على ملك الزوج إن كان مطلقاً ، أو ورثته إن كان ميتاً . فإذا ماتت المعتدة بقيت منافع بقية المدة من الأشهر على الزوج أو ورثته . ولا تكون للمشتري . وإنما تكون للمشتري لو نزلنا استحقاق

المعتدة منزلة استحقاق المستأجر ، فحينئذ يجيء فيه الخلاف المذكور فيما اذا عرض ما يفسخ الاجارة : هل تكون منفعة بقية المدة للمشتري أو للبائع ؟ فيه وجهان ، فقد تبين أن السؤال المذكور غير متوجه ، والله أعلم .

( فان قلت : ) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالأمثلة غير متجه لامكان الاستغال بتسليم الدار عقيب العقد ، وجوب ذلك ، فالمنفعة مستحقة للمشتري في تلك المدة بخلاف مدة بقاء الزرع والحاظها بالأمثلة المزروعة أيضا غير متجه لأن الأمثلة المزروعة يمكن تسليمها الآن ووضع اليد عليها بخلاف الأرض المزروعة فان التخلية التامة مع وجوب ابقاء الزرع غير حاصلة ، فوجب اما القطع بالبطلان الحاقا بدار المعتدة ، ولا قائل به واما اجراء الخلاف الحاقا بالعين المستأجرة كما قال أبو اسحاق .

( قلت : ) شرط الحاق مسألة بأخرى اشتراكهما في مناط الحكم مع عدم الفارق ولا يكفي الاشتراك فيما ليس مناط الحكم في الأصل ، ولا شك أن بين المسائل الخمس قدرا مشتركا من جهة عدم حصول ملك المنفعة للمشتري عقيب العقد ، ولما اتفقوا على صحة بيع الأمثلة المزروعة دل على أن ذلك غير مقتض لابطال البيع ، وأن مأخذ البطلان ليس هو عدم حصول المنفعة للمشتري بل عدم القدرة على تسليم العين لثبوت يد المعتدة والمستأجر الحائلتين بين المشتري وبينها ، وأما الأرض المزروعة والدار المشحونة ، والأمثلة المزروعة ، فثلاثتها مشتركة في أنه لا يد حائلة فالمقتضى للبطلان اذا أجرى فيه لعدم اشتراكهما في مناط الحكم ، والأرض المزروعة لها شبه من كل من الدار المشحونة والأمثلة المزروعة تشبه الدار المشحونة من جهة أن لكل منهما أمدا ينتظر ، ويفترقان في الاستغال بالتسليم عقيب البيع في الدار دون الأرض وتشبه الأمثلة المزروعة في أن كلا منهما يستحق فيه استيفاء ملك المنفعة على المشتري ، ولا يجب ازالتهما عقيب العقد ، ويفترقان في أن الزرع له غاية بخلاف النكاح ، فلذلك حسن قياسها عليها ، وقياسها على الأمثلة أرجح ، كما فعل المصنف فانه قد يقال : ان منفعة الدار في مدة التفريغ مستحقة للمشتري ، ولذلك وجب على البائع تفريغها ،

فلم يكن المبيع مسلوب المنفعة بخلاف الأمة المزوجة والأرض المزروعة فان منفعتهما غير مستحقتين للمشتري مدة بقائهما •

ولم أعلم أحدا حكى في صحة بيع الدار المشحونة بالأمته خلافا وذكروا الطريقتين في الأرض المزروعة قال الامام : ولا شك أن القياس يقتضى التسوية بينهما ، اذ لا فرق ، ويمكن أن نقول ما ذكرناه من تخصيص الخلاف بالأرض المزروعة • وحكى الامام في أن المشتري اذا كان جاهلا بأن الدار مشحونة هل يثبت له الخيار ؟ وجهان ، والمذهب ثبوته أما الأرض المزروعة فيثبت الخيار جزما عند الجهل ، سواء قلنا : ان تسليمها يمكن أم لا لعدم امكان الانتفاع بها في الحال ؟ الا أن يختار البائع قلع الزرع ويكون غير ضار بالأرض فلا خيار ، كما سيأتى الوجه الذى نقله الامام في عدم ثبوت الخيار في الدار المشحونة بالأمته ، وأن الغالب في العادة اشتمال الدار على أمته ثم انها تفرغ بعد ذلك ، والله أعلم •

( التفريع ) بائع الأرض المزروعة اذا خلى بينها وبين المشتري ، فهل يحكم بصيرورتها في يده ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) لا ، لأنها مشغولة بملك البائع كالدائر المشحونة بالأمته ( وأصحهما ) على ما ذكره الامام والغزالي والرافعى : نعم لحصول التسليم في الرقبة وهى المبيعة ، وأما الدار المشحونة فالتسليم فيها متأث في الحال ، فلا حاجة تدعو الى التخلي قبله ، على أن الامام أورد فيها وجهان أن اليد لا تثبت فيها بخلاف الأرض وجعل في المسألتين ثلاثة أوجه ، وادعى أن ظاهر المذهب ثبوت اليد فيها ، وحكاه غير الامام أيضا •

وحكى الغزالي في البسيط وجهان أن اليد تثبت في الدار ولا تثبت في الأرض فيجتمع من نقله ونقل الامام أربعة أوجه • ووجه الفرق على الوجه المحكى في البسيط أن القساعل بالتفريع ممكن ، فنزل الممكن الذى لا عسر فيه منزلة الموجود ، قال ابن الرفعة : ولعل القائل بأنه لا يحصل التسليم هو أبو اسحاق المروزي ، فلا يصح ابطال مذهبه : يعنى في البيع الا باقامة الدليل على صحة القبض ، وهذان الوجهان في صحة تسليم الأرض المزروعة يؤخذان من لفظ الكتاب ، فانه ذكر

في تعليل الطريقة الأولى أنها في يد البائع وفي تعليل الثانية أن المبيع في يد المشتري وقد يقول الفقيه : هذان التعليلان متضادمان •

( والجواب ) أن ذلك يحتمل ، إذا كان في أحد الكلامين زيادة كما في هذه الصورة ، فإن في تعليل الطريقة الثانية ما ينبه على دفع الخيال التعليل الأول ، وتبين أن قوله : أنها في يد البائع ليس كذلك ، لأن المبيع هو العين ، والعين في يد المشتري ، ودخول البائع لأجل السقي والحصاد المتعلقين بالزراع خاصة لا يمنع ثبوت اليد على العين ، والله أعلم •

( تنقيح ) من قال بصحة تسليمها مزروعة لا شك أنه يقول بصحة البيع ، ومن لم يقل به يحتمل أن يقول بتخريجها على العين المستأجرة كما قال أبو إسحاق ويحتمل أن يجزم بالصحة ويفرق بما تقدم من أن العين المستأجرة عليها يد حائلة ، والأرض المزروعة في يد بائعها ، لكنه قد يكون الزرع لغير البائع وهو مستحق الإبقاء فيساوى يد الاجارة •

( فرع ) لو انقلع الزرع قبل المدة لحاجة أو جذه البائع قبل وقت حصاده وجب عليه تسليم الأرض ، وليس له استبقاء الأرض ما بقى مدة الزرع ، لأنه إنما يستحق من الأرض ما كان صالحا لذلك الزرع ، قاله الماوردي والأصحاب ، ولو كان الزرع مما لو جذ قبل حصاده قوى أصله واستخلف ، وفرخ كالدخن فجذبه قبل حصاده كان له استبقاء الأصل الباقي الى أوان الحصاد لأنه من جملة ذلك الزرع ، وليس له استيفاء ما استخلف وفرخ بعد الحصاد ، لأنه غير ذلك الزرع ، وعلى البائع ثلعه ، ولا يملكه المشتري كما يملك أصل القث الذي يجذ مرة ، لأن القث أصل ثابت ، والزرع فرع زائل ، واستخلاف بعضه نادر ، قال ذلك الماوردي •

( فرع ) قال الرافعي : كل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل ، وإن قال : بعت الأرض بحقوقها يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد ، قال الرافعي : ورأيت لفصوص التميمي في المستعمل أيضا ( قلت : ) وقد رأيت ذلك في تعليق أبي حامد في بيع القرية أنه إذا قال : بمزارعها

دخلت المزارع : وان قال بحقوقها لم تدخل المزارع ، كما ذكره المصنف  
فيما تقدم (وأما) في الأرض فلم أقف عليه فيها •

( فرع ) عندنا لا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي له في الحال ،  
بل له ابقاؤه الى أوان الحصاد ، خلافا لأبى حنيفة رضى الله عنه ،  
فعنده منفعة الأرض مستحقة للمشتري ، فلذلك أوجب القطع ، وعندنا  
هى مستحقة للبائع ، فلذلك لم نوجبه ، وأوجبنا الابقاء ، وعند وقت  
الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ ، ويجبر البائع عليه ، وعليه تسوية  
الأرض ، وعليه قلع العروق التى يضر بقاؤها بالأرض كعروق الذرة ،  
نص عليه ، كما اذا كان في الدار المبيعة أمتعة لا يتسع لها باب الدار ،  
ينقض وعلى البائع ضمانه ، وهكذا ذكروه وجزموا بوجوب التسوية ،  
وسأئى فيه وجه مذكور في مسألة الحجارة عن صاحب التتمة ،  
وقياسه أن يأتى هنا •

( وأما ) ضمان النقصان في باب الدار فقال القاضى أبو الطيب :  
في موضع الحجارة ان أمكن تقويم ما نقص من قيمة ما انهدم لزم البائع  
ذلك ، وان لم يمكن لزمه تسوية حلقة الباب ، وقال هنا : يحتمل أن  
يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه تسوية الأرض • وهو مقتضى كلام المحاملى  
والقاضى حسين •

( فرع ) لو كان المشتري جاهلا بالزرع بأن كان رأى الأرض  
قبل ذلك ثم اشتراها وبها زرع • ولم يرها حين العقد • فله الخيار  
في فسخ البيع • لأن الزرع عيب يمنع منفعة الأرض • فان فسخ رجع  
بالمثل وان أقر فللبائع ترك الزرع في الأرض الى وقت حصاده •  
كما نقوله في الثمرة المؤبرة • وسأئى ذلك ان شاء الله تعالى • فلو  
رضى البائع بتسليم الزرع للمشتري أو قلعه ويكون قلعه غير مضر  
بالأرض لم يكن للمشتري خيار نص عليه • وان كان المشتري عالما  
بالزرع فلا خيار له • قاله الماوردى والأصحاب • واتفقوا عليه •  
وهذا اذا لم يطرأ ما يقضى تأخر الزرع عن وقت الحصاد المعتاد •  
ولو طرأ ما يوجب ذلك ففيه كلام أذكره قريبا في فرع وجوب الأجرة •

( فرع ) في وجوب الأجرة على البائع في مدة بقاء الزرع  
في الأرض • ان كان المشتري عالما فلا أجرة قطعا • وان كان جاهلا

فوجهان عن رواية صاحب التقريب والذي أورده المعظم أنه لا تجب  
الأجرة وتقع تلك المدة مستثناة . كما لو باع دارا مشحونة بأقمشة لا  
يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ وهذا ما جزم به الماوردي  
وخلافه ( والأظهر ) عند الغزالي والجرجاني الوجوب وجعل الامام  
محل الخوف فيما اذا كان جاهلا . قال الروياني : انما تجب الأجرة  
اذا زرعها بعقد الاجارة أو بغير حق . وهنا لم يوجد واحد منهما ،  
ثم ههنا كلامان ( أحدهما ) أن هذا الخلاف هل محله اذا اكتفينا بالتخلية  
وجعلناها قبضا . أو اذا لم نكتف بها ؟ أو هو على الاطلاق ؟ .

قال ابن الرفعة : ما ذكر من التعليل يقتضى أن ذلك يختص بحالة  
عدم الاكتفاء قال : والأشبه أن يقال : ان اكتفينا بها فالخلاف  
متوجه . وان لم نكتف بها ( فان قلنا : ) الأجرة لا تجب أو اكتفينا  
بالتخلية فههنا أولى ( وان قلنا : ) تجب . فههنا وجهان مبنيان على أن  
البائع اذا انتفع بالمبيع قبل اقباضه هل تلزمه الأجرة أم لا ؟  
وفيه خلاف ( فان قلنا : ) لا لم تجب هنا ( وان قلنا : ) نعم : وجبت  
ولا ننظر الى أنه ثم متعدد ولا تعدى منه ههنا . لأن باب الضمان  
لا يختلف . وقال ابن الرفعة : انه لولا تعليل الامام يعنى تعليله وجه  
عدم ايجاب الأجرة بقدرة المشتري على الفسخ . لولا هذا  
التعليل لأمكن أن يقال : الوجهان في الرجوع بالأجرة انما هما قبل  
التخلية أو بعدها . وقلنا : انها لا تكفى . ويكونان مبنيين على جنائية  
البائع . فان قلنا : كالأجنبي ضمن الأجرة والا فلا .

قال الامام : وللخلاف نظائر في الحجارة ( قلت : ) والأشبه أن  
الخلاف في وجوب الأجرة في مسألتنا هذه كما في مسألة الحجارة مطلق .  
فيما اذا اكتفينا بالتخلية ، وفيما اذا لم نكتف بها . ومأخذه أن تفويت  
المنافع هل هو كالعيب أم لا ؟ بل المنافع مستقلة متميزة عن المبيع ، كما  
يشعر به تعليل الامام والغزالي وجه الوجوب في هذه المسألة  
( فان قلنا : ) بالثاني ضمنا مطلقا ولا أثر للاجارة في اسقاطها ولا فرق  
في ذلك بين أن نقول يكتفى بالتخلية أو لا ، وهذا يوافق الوجه الذي  
يقول في مسألة الحجارة بوجوب الأجرة قبل القبض وبمده ، وان  
جعلنا تفويت المنافع بمنزلة التعيب اكتفت على أن جنائية البائع على  
المبيع كالألفة السماوية أو كجنائية الأجنبي ؟ .

( ان قلنا : ) كجناية الأجنبي ضمنها مطلقا قبل التخلية وبعدها ،  
 اكتفينا بالتخلية ، وجعلناها قبضا ، أو اذا لم نكتف بها أو هو على الاطلاق  
 — فان كان ذلك قبل التخلية — لم تلزمه الأجرة وان كان بعد  
 التخلية — فان لم نكتف بها فكذاك وهذا قول من لا يوجب الأجرة  
 في مسألة الحجارة مطلقا ، وان اكتفينا بالتخلية والفرض أن الزرع  
 الذى هو عيب حاصل قبل القبض ، فلا تجب الأجرة أيضا لأنه بالاجارة  
 رضى بذلك ، فان لم يكن له أجرة كما لو رضى بالعيب لم يكن له  
 أرش ، فقد تلخص أن الخلاف في وجوب الأجرة جار مطلقا اما قبل التخلية  
 أو بعدها اذا لم يكتف بها . فمأخذ الوجوب أمران ( أحدهما ) الحاق  
 البائع بالأجنبي ( والثانى ) أن المناقح متميزة عن المقصود فليس  
 تقويتها بمنزلة العيب ، ومأخذ عدم الوجوب جعلها عيبا والحاق تعيب  
 البائع بالآفة السماوية .

( وأما بعد ) التخلية والاكتفاء بها فمأخذ الوجوب أن المناقح متميزة  
 غير معقود عليها كما تقدم ، أو الحاق البائع بالأجنبي ، ومأخذ  
 الاسقاط جعل تعيب البائع كآفة السماوية ، فإذا أجاز المشتري سقط  
 حقه من الأرش ، لأنه قد رضى بالعيب كذلك هنا اذا أجاز سقط حقه من  
 الأجرة بقية المدة ، لأن سببه متقدم قبل القبض وقد رضى به .

( فان قلت : ) مقتضى ما ذكرت أن يكون الصحيح عدم وجوب  
 الأجرة ، لأن الأصح عند الأكثرين أن جناية البائع كآفة السماوية ،  
 وقد جزم الرافعى بأن استعمال البائع المبيع يخرج على جنايته ، ان  
 جعلناها كآفة السماوية لم تجب ، والا وجبت ، فيخرج من ذلك  
 أن الأصح في مسألتنا أنه لا تجب الأجرة لا في مسألة الزرع  
 ولا في مسألة الحجارة ، لكن قد تقدم في مسألة الحجارة أن الأصح  
 وجوبها بعد القبض وعدم وجوبها قبله ، وقد تقدم عن الغزالي  
 والجرجاني أنه الأصح عندهما في مسألتنا أيضا .

( قلت : ) أما الغزالي فان الأصح عنده أن جناية البائع كالأجنبي ،  
 فلا يرد عليه تصحيحه هنا الوجوب ، فان ذلك موافق ، وقد قدمنا عن  
 الأكثرين في مسألتنا أن الأصح عدم الوجوب ، وكذلك تقدم عن الشيخ  
 أبى محمد في مسألة الحجارة .

( وأما ) ما تقدم عن الأكثرين في مسألة الحجارة من تصحيح الوجوب بعد القبض دون ما قبله ، فالفرق بينها وبين مسألتنا هذه أنه هنا إذا رضى بالزرع يلزمه ابقاؤه الى أوان الحصاد فالرضا بالزرع رضا بالابقاء الذي هو من لوازمه ، وكذلك لا تجب الأجرة .

( وأما ) الحجارة فإنه إذا رضى بها لا يلزمه ابقاؤها ، بل يجبر البائع على قلعها ، لكن لك أن تقول : أن مدة القلع أيضا قد رضى بها كما أن مدة قلع الزرع عند أوانه داخلة تحت رضاه ، وإن كان القلع في ذلك الوقت واجبا فكان ينبغي أن لا تجب لها أجرة إلا إذا زاد وآخر البائع ، فحينئذ تجب ، والله أعلم .

( تنبيه ) ما حكيت في مأخذ وجوب الأجرة من أن المنافع متميزة عن المعقود عليه كذلك قال الامام والغزالي ، وهو يقتضي أن البائع إذا انتفع بالعين المبيعة قبل القبض تجب عليه الأجرة من غير تخريج ، على أن جنائته كجناية الأجنبي أولا ، والذي ذكره الرافعي هو طريقة التخريج خاصة ، وما ذكروه هنا يقتضي طريقة أخرى ، كما أثرت إليه ، وهي ظاهرة فإن جنائية البائع والكلام فيها محله إذا ورد على المعقود عليه أو على بعضه من جزء أو صفة ( أما ) المنافع فلتردد في الحاقها بجزء المبيع أو صفته بحال ظاهر فإن ثبت ذلك فيكون في استعمال البائع المبيع طريقان ( أحدهما ) وجوب الأجرة ( والثاني ) تخريجها على جنائته . والله أعلم .

( فرع ) وهو الكلام الثاني تقدم أن الامام جعل محل الخلاف في وجوب الأجرة في حالة الجهل ( أما ) في حالة العلم فلا تجب قطعا : وكذلك تقدم في الخيار أنه لا يثبت إلا في حالة الجهل ( أما ) في حالة العلم فلا ، قال ابن الرفعة : وهو ظاهر إذا لم يطرأ أمر يقتضي تأخر الزرع عن وقت حصاده المعتاد فإن التيقية إنما وطن المشتري نفسه عليها الى ذلك الوقت ( أما ) إذا تأخر عن الوقت المعتاد فقد يقال : أنه يثبت له الخيار ، ويكون إذا أجاز في استحقاقه الأجرة الخلاف السالف ، وأصل ذلك أنه إذا علم عيبا بالمبيع وأقدم عليه فلا خيار ، فلو زاد ثبت الخيار على المشهور ، ثم قال : وإطلاق الشافعي رضى الله عنه يقتضي تركه الى الحصاد ، سواء تأخر عن

وقته المعتاد أم لم يتأخر ، ومراده بالحصاد أول أوقاته لا حقيقة الحصاد .

( فرع ) ما تقدم من وجوب الابقاء الى أوان الحصاد محله عند الاطلاق أو اشتراط التيقية اليه فلو شرط البائع قلع الزرع وتفريغ الأرض ، قال ابن الرفعة هنا : ففى وجوب البقاء بهذا الشرط تردد ، حكاه عن الأصحاب فى أواخر كتاب الصلح ، ووجه وجوب الوفاء ظاهر (وأما) وجه عدم الوجوب (١) .

( فرع ) يشترط فى بيع الأرض المزروعة تقدم الرؤية على العقد . فان موضع منابت الزرع غير مرئى حالة العقد يدل على ذلك كلام الشافعى والأصحاب منهم الماوردى وغيره فانه قيل فى الفرع المتقدم أن يكون رآها قبل ذلك . قال المتولى : اذا أدرك الزرع فعليه الحصد والنقل الى مكان آخر فان أراد أن يدرس الزرع فى تلك الأرض وينقيه لم يكن له ذلك الا بالرضا . وان كان تلحقه بالنقل الى مكان مشقة ، والله أعلم .

( فرع ) اذا شرط دخول الزرع فى البيع — فان كان بقلا أو قصيلا ، لم يبلغ أوان الحصاد — قال الماوردى والمحاملى وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين : صح البيع فى الأرض والزرع ، ولا يلزم فى الزرع شرط القطع ، لأنه دخل فى العقد تبعا للأرض وصار كالثمرة التى لم يبد صلاحها اذا بيعت مع محلها ، وستأتى هذه المسألة فى الثمار ، وفيها بحث ، وان كان الزرع قد اشتد واستحصد فان كان مشاهد الحب كالشعير فالبيع صحيح فى الأرض والزرع ، وان كان غير مشاهد كالحنطة والعدس ففى بيعه مفردا قولان ، فان جوزنا فبيعه مع الأرض أولى ، وان منعنا ففى بيعه تبعا للأرض وجهان ( أحدهما ) يجوز كأساس البنيان ( والثانى ) لا ، لأنه مقصود ، فاذا بطل ففى بطلانه فى الأرض قول واحد للجهل بالحصة من اختلاف أصحابنا فى تعليل تفريق الصفقة .

( فرع ) اذا اشترى أرضا رآها قبل البيع ، ولم يرها حين

---

(١) بياض بالأصل ويمكن أن يكون السقط هكذا فلا دليل عليه ، والله أعلم .  
(المطبع)

البيع . فوجد فيها زرعاً ثبت له الخيار ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه وبعض الأصحاب ، وقد تقدم .

( تنبيه ) مراد المصنف بالأرض المزروعة بزرع يحصد مرة واحدة ، كالحنطة والشعير ، فهي محل الخلاف في صحة بيعها ، أما المزروعة بزرع يحصد مرة بعد أخرى كالبقول فالعقد صحيح قولاً واحداً ، قاله صاحب التتمة ، وهو ظاهر ، لأنها كالشجر فينبغي أن ينبت لذلك لثلاً يظن أن ذكر المصنف لها بعد تقدم القسمين مقتضى لشمول الخلاف ، والله أعلم .

( فائدة ) قوله : حتى يحصد يقال : أحصد الزرع أي بلغ أو ان الحصاد ، فقال ابن داود في قول الشافعي : وان كان فيها زرع فهو للبائع حتى يحصد بكسر الصاد . وقال : انه أفصح وأصح في المعنى من فتحها لأنه اذا بلغ أو ان الحصاد جذ على حصده ، وما ذكره من كلام الشافعي ظاهر ، وأما قول المصنف هنا : والحكم ببقاء ملك البائع مستمر الى وجود الحصاد ، فيصح أن يقال : — بضم الياء وفتح الصاد — ويصح — بفتح الياء وكسر الصاد — أي حين يحصد البائع الزرع . ولا يصح حتى يحصد — بضم الياء وكسر الصاد — هنا : أي حتى يبلغ أو ان الحصاد لأن يده لا تزول بذلك ، فاليد مستحقة للبائع الى احصاد الزرع ، ويد البائع ثابتة الى الحصاد ، والله أعلم .

#### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باع أرضاً فيها بذر لم يدخل البذر في البيع . لأنه مودع في الأرض فلم يدخل في بيعها كالركاز ، فان باع الأرض مع البذر ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه يصح تبعاً للأرض ( والثاني ) لا يصح وهو المذهب ، لأنه لا يجوز بيعه منفرداً فلم يجز بيعه مع الأرض ) .

( الشرح ) فصل الأصحاب في البذر مثل التفصيل المذكور في النبات ، فقالوا : البذر الذي لا تفاوت لنباته ، ويوجد دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض . ويبقى الى أو ان الحصاد . وللمشتري الخيار ان كان جاهلاً به ، فان أجاز أخذ الأرض بجميع الثمن ، لأن النقص الذي في الأرض بترك الزرع الى الحصاد لا يقسط عليه الثمن ،

فإن تركه البائع له سقط خياره ، وعليه القبول . ولو قال : آخذته وأفرغ الأرض سقط خياره أيضا أن أمكن ذلك . وفعله في زمن يسير على وجه لا يفوت عليه الأرض ، وإن اشترها وهو عالم بالبذر فلا خيار له ، وعليه تركه إلى أوان الحصاد والبذر الذي يدوم نباته كتنوى النخل والجوز واللوز وبذر الكراث والرطوبة ونحوه من البقول ، حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار .

هكذا ذكر هذا التفصيل الماوردي والقاضي أبو الطيب والرويانى والرافعى رحمهم الله وغيرهم . وإذا علمت أن البذر الذي يدور حكمه حكم الشجر ( فإن قلنا : ) الشجر لا يدخل صار حكمه حكم بذر التزرع في ثبوت الخيار وعدمه بالنسبة إلى حالة الجهل والعلم ( وإن قلنا : ) أنه يدخل على المذهب — فإن كان عالما فلا خيار . وإن كان جاهلا فإن لم يكن قلعه مضرا بالأرض فلا خيار . وإن كان مضرا أو يمتد فيه مدة فإن كانت الأرض تملك بعد ذلك بحيث يكون غرسها نقصا فيها فينبغى أن يثبت للمشتري الخيار ، ولم أر في ذلك نقلا ، والله أعلم .

هذا إذا باع الأرض وأطلق . أما إذا باع الأرض مع البذر — فإن كان من البذر الذي حكمنا بدخوله في البيع — قال صاحب التتمة : كان تأكيدا . ولك أن تقول : ينبغى أن يكون كما لو قال : بعثك الجارية وحملها . وإن كان من البذر الذي لا يدخل وهو الذي تكلم فيه المصنف ففيه وجهان ( أحدهما ) يصح تبعا للحمل ، وادعى هذا القائل أن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك في كتاب التفتيس ، فقال : لو باع زراعا مع أرض خرج أو لم يخرج ( والثانى ) وهو الصحيح المشهور من المذهب أن البيع لا يصح في البذر للجهالة ولأنه مقصود في نفسه فلم يجز بيعه مع الأرض كالركاز ، ويخالف الحمل فإنه يتبع الأم في البيع المطلق . وهؤلاء أولوا نصه في التفتيس على أن المراد خرج السنبل أو لم يخرج . فعلى هذا إذا بطل البيع في البذر ففي بطلانه في الأرض طريقتان :

( أحدهما ) أنه على قولى تفريق الصفقة . وهو الذى يقتضى إيراد الماوردى ترجيحها ، وجزم بها القاضي حسين والفارقى تلميذ المصنف وغيرهما ، وهذا إنما يكون على قولنا بأنه يختار بجميع الثمن .

( والطريقة الثانية ) القطع ببطلان بيع الأرض : ويقتضى إيراد القاضى أبى الطيب ترجيحها وهى المذهب عند الرويانى ، وهى مقتضى المذهب فى أنه يختار بالقسط ، وجعل الرويانى محل الخلاف اذا لم يجهل جنسه وصفته ، فان جهلها لم يجز قولاً واحداً ، وهذا منه بناء على الطريقة المشهورة فى بيع الغائب ، وفيه وجه أنه يجزى مع الجهل ، وذلك معروف فى موضعه ، فعلة الخلاف هنا مطلقاً على أن أبا الفتوح العجلى أفاد أن الوجه القائل بالصحة هنا ، وإن منعنا بيع الغائب فيكون محل الخلاف تفريعاً على بيع الغائب ( أما ) على تجويز بيع الغائب قال : فلا يبعد الحكم بصحة البيع .

( قلت : ) ولا بد فيه من ملاحظة التبعية ، فانه لو باع البذر وحده وهو مستتر فلا شك أنه يمنعه من منع بيع الغائب ، وكذا بعض من أجازة ، وإنما قلت ذلك لأنهم لما تكلموا فى بيع الثمار المستترة والحنطة فى سنبليها ونحو ذلك قال الامام : ان المنع فيها مفروع على منع بيع الغائب ( أما ) اذا جوزناه فانه يصح ، وحمل الرافعى كلام الوجيز على موافقته ، لكن الغزالى فى الفتاوى فى السؤال التاسع والعشرين فى بيع السلجم والجزر فى الأرض ، قال : انه ان قضى ببطلان بيع الغائب فلا شك فى البطلان ، وإن قضى بصحة بيع الغائب اتجه ظاهراً بإبطال هذا لأن تسليمه لا يمكن الا بتقليب الأرض ، وهو تغيير لعين المبيع فيضاهى بيع الجلد قبل السلخ ليسلم بالسلخ وكذلك صاحب التهذيب وعلى بأن بيع الغائب يمكن رد المبيع بعد الرؤية بصفته ، وههنا لا يمكن .

واذا علمت ذلك علمت أن اطلاق المصنف مراده منه البذر الذى لا نبات لأصله ، وكذلك الشافعى رضى الله عنه فى الأم أطلق كما فعل المصنف ومراده ذلك ، فان كان البذر مما يصرم فصرمه البائع كان للمشتري أصله ولم يكن للبائع قلمه ولا قطعه ، وإن عجل البائع فقلعه قبل بلوغ مثله لم يكن له أن يزرعه ليستخلفه ، نص عليه الشافعى رحمه الله وقد تقدم فى أول الباب بحث فى الغراس الذى يشدد ، وهو يعود ههنا فى البذر الذى وضع لذلك ، ولم يقصد به الدوام فى محله ، والله أعلم . ولو باع البذر وحده جزم صاحب التتمة بالبطلان .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( إذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع لم يكلف قطع الثمرة الى أوان الجذاذ فان كان مما يقطع بسرا كالبسر<sup>(١)</sup> الجيسواني والقرشي لم يكلف قطعه الى أن يصير بسرا ، وان كان مما لا يقطع الا رطباً لم يكلف قطعه الى أن يصير رطباً ، لأن نقل المبيع على حسب العادة ، ولهذا اذا اشترى بالليل متاعاً لم يكلف نقله حتى يصبح ، وان اشتراه في المطر لم يكلف نقله حتى يسكن المطر ، والعادة في قطع الثمار ما ذكرناه فلا يكلف القطع قبله ) •

( الشرح ) الأصل المراد به الشجرة والجذاذ — بكسر الجيم وفتحها — حكاهما ابن قتيبة • وأوان الجذاذ — بكسر الجيم — زمان حرم النخيل اذا يبس ثمرها ، والجذاذ القطع يقال الجذاذ والصرام في النخل ، والقطاف في الكرم ، واللقاط فيما يتناثر كالخوخ والكمثرى وغيره ، فيلنقط والجيسوان — بكسر الجيم وياء تحتها نقطتان وآخره نون — من غير اضافة ، قال ابن باطيش وابن التودي : جنس من البسر أسود اللون ، والقرش — بضم القاف وفتح الراء وثين معجمة — قال ابن باطيش : هو الأحمر ، قال صاحب البيان : لا يقطع الا بسرا •

( أما الأحكام ) فقال الشافعي والأصحاب : اذا اشترى نخلاً وعليه ثمرة للبائع أو كرسفاً وعليه قطن للبائع أو شجراً وعليه ثمرة أو ورداً أو رد للبائع أرضاً وفيها زرع للبائع ، لم يجبر على قطع الثمرة ، والورد والزرع الى أوان الجذاذ والحصاد الى الوقت الذي جرت العادة بتبقيتها ، فان كان غيباً فعليه تبقيته الى أن يسود وتدور الحلاوة فيه ، ويقطع في العادة ( فأما ) اذا عقد وحصل فيه قليل حلاوة فليس له مطالبة البائع بقطعه في تلك الحال وان كان رطباً فعليه تبقيته الى أن يرطب ويتكامل نضجه ثم يقطع •

وان كان بسراً فما جرت العادة بقطعه بسراً طولب بقطعه بسراً بعد نضجه واستكماله ، ثم بعد ذلك ليس له أن يتركه على الشجر والنخل حتى يتكامل ويستحكم ، لكون ذلك أصح له فيأخذه شيئاً فشيئاً ،

(١) في نسخة المذهب المطبوعة بالحاء المهملة ( ط ) •

كما اذا باع دارا فيها متاع هي حرز له ، لم يجب على المشتري تركه . ولا يجب على المشتري السقى لأجل ثمرة البائع ، وانما عليه تركها والبائع يسقى . وحكم جميع الثمار في ذلك حكم ثمرة النخيل ، لا خلاف في ذلك ؛ قال نصر المقدسي رحمه الله في الكافي . وكذلك الورد بمعنى يترك الى أوان أخذه ، ووافقنا على أنه لا يجب على البائع القطع ، ويجوز له التبقية الى أوان الجذاذ مالك وأحمد ؛ وقال أبو حنيفة : يجبر عليه عند مطالبة المشتري بذلك في الحال . دليلنا ما ذكره المصنف .

وهكذا لو زرع المشتري الأرض فاستحقها الشفيع لم يجبر المشتري على قطع الزرع ونقله حتى يبلغ أوان الحصاد ، لأنه وقت العادة في نقله ( فان قيل : ) ينتقض بمن جذ ثمرة وتركها في الأرض تشمسها ثم باع الأرض ، فانه يلزمه نقلها قبل جفافها وان كانت العادة نقلها بعد جفافها ( قلنا ) لا عادة لذلك في أرض بعينها بل يمكن تجفيفها في غيرها كما نقول في الزرع : لا يجب نقله وهو في الأرض ، ولو حصده وتركه في الأرض ثم باعها وجب نقله ، وقول المصنف : لأن نقل المبيع على حسب العادة ، جواب عن قول الحنفية : ان من باع شيئا كان عليه تسليمه ورفع يده عنه ، وان ابقاء الثمرة بعد البيع انتفاع بالنخل ، وأجاب الأصحاب بما ذكره المصنف من أن ذلك انما يجب على العادة ولهذا اذا اشترى دارا مطووعة طعاما انما يلزم البائع نقله على العادة ، ولا يلزمه أن يجمع الآن كل حمال في البلد ، وينقل الطعام عنها ، وأجابوا عن كون ذلك انتفاعا بالنخل وانه يشبه استثناء المنفعة بأن استثناء المنفعة انما يبطل اذا وقع بالشرط ، أما ما وقع بنفس العقد عرفا فلا ، بدليل الأمة المزوجة .

( فرع ) قال الماوردي : انه انما يستحق الإبقاء اذا بقيت الثمرة للبائع بالتأخير ، أما اذا صارت له بالشرط والاستثناء قبل التأخير فعلى البائع قطعها في الحال ، لأن الاستثناء انما يصح على شرط القطع ، وهذا الذي قاله الماوردي انما يستقيم اذا شرطنا القطع في الاستثناء ، وقد تقدم أن الأصح خلافه ، وأيد بعضهم ما قاله الماوردي : ان استثناء المنفعة بالشرط مبطل بخلافه بالشرع ، وهذا التأييد ضعيف ، لأن الشرط هنا انما اقتضى بقاء الثمرة للبائع فصار

كما لو باع أرضا واستثنى البناء الذى فيها كان له ابقاؤه بالشرع ،  
ولا نقول : ان هذا استثناء للمنفعة ، والله أعلم .

( فرع ) قال الشافعى والأصحاب رحمهم الله تعالى : فاذا  
حصد الزرع فان بقى له أصول لا تضر بالأرض ، كأصول الحنطة  
والشعير : لم يلزمه نقلها . لأن لا ضرر على المشتري في تركها وان  
كانت تضر بالأرض كعروق الذرة والقطن لزمه نقلها من الأرض ونقل  
الرويانى عن بعض الأصحاب الوجوب مطلقا ، والصحيح الأول فاذا  
نقلها فان حصل في الأرض بنقلها حفر لزمه تسويتها ، كما لو كان  
في الأرض حجارة مدفونة فنقلها ويخالف من غصب فصيلا وأدخله  
دارا ثم كبر الفصيل فان تسوية الباب لا تجب على صاحب الفصيل لأن  
الغاصب متعبد والمشتري ليس بمتعبد . وهكذا لو كان في الدار البيعة  
حب لا يمكن اخراجه الا بأن يوسع الباب بنقص شيء من الحائط .  
فان له ذلك ويضمن قيمة ما نقص .

قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يقال : يلزمه بناؤه كما يلزمه  
تسوية الأرض هنا . وقد صرح المحاملى في المجموع بأنه يجب  
عليه بناء ذلك . ورده الى حالته فيما اذا باع دارا وفيها قماش لا يخرج  
الا بنقص الباب وهو الموافق لطريقة العراقيين فانهم يختارون وجوب  
اعادة الجدار . قال المحاملى هنا : كل من حصل ملكه في ملك غيره  
واحتيج في تخليصه الى مؤنة فان كان حصل ذلك بغير تفريط من صاحب  
الملك فالمؤنة على من يتخلص ملكه . مثل مسألة الحب والخابية  
والصندوق في الدار . وان كان بتفريط من صاحب الملك . مثل أن  
يغصب رجل رجلا على حب . فلم يخرج من الباب . أو على عجل  
صغير فكبر فلم يتمكن من اخراجه الا بهدم الباب فان الباب يهدم  
ولا يلزم صاحب المتاع بناؤه ومن فرغ هذه القاعدة : اذا هربت  
دابته فدخلت دار رجل ولا يمكن اخراجها الا بنقص شيء من الدار .  
بغرم النقص صاحب الدابة قال الرويانى : واذا وقع دينار في مجبرة  
ولا يخرج الا بكسرها كسرت ويجب ضمانها على صاحب الدينار  
نقله الرويانى عن بعض الأصحاب .

( فرع ) لو أصابت الثمار آفة . وصارت بحيث لا تنمو .  
فهل للبائع تبقيتها ولا فائدة له في تبقيتها ؟ أم للمشتري إجباره على

قطعها ؟ قال الامام : ذكر صاحب التقريب قولين ولم يصحح الرافعى والنووى شيئاً منهما . وقال ابن الرفعة : ان الذى يقع فى النفس صحته قول الاجبار . لأنه انكشف الحال عما لو قارن العقد لم يستحق التبقية لأجله . فانه لو باع الشجر بعد حصول الآفة بالثمار لم يستحق التبقية . قال : لكن نصه فى الأم على خلافه . ولو انقطع الماء فلا شيء على المشتري فيما أصيب به البائع . وكذلك ان أصابته جائحة . نص عليه الشافعى رضى الله عنه . نقله عنه أحمد بن بشرى .

( فرع ) لا يمنع البائع من الدخول فى الحائط للسقى ، فان لم يأمنه المشتري ينصب الحاكم أميناً يسقيها ، والمؤنة على البائع قاله الخوارزمي ، وكلام الخوارزمي يدل على أن الشجرة لا تصير مسلمة حتى تفرغ من الثمرة ، قال : ولهذا لو باع سفينة فى البحر مملوءة بالأتقال لا يجرى تفريغها حتى تبلغ الشط ، ومراده بهذا أن التسليم يكون على العادة .

( فرع ) ولا يستحق المشتري على البائع أجره الأرض فى مدة اقامة الزرع فى الأرض لأنه ملك الأرض مسلوقة المنفعة فى تلك المدة فلا يستحق لها أجره .

( فرع ) لو باع النخلة وعليها ثمرة مؤبرة بشرط القطع ، كلام الرافعى يصرح بالجواز وأنه يجب الوفاء بالشرط ، لكن الامام حكى فى باب الصلح فيما اذا باع أرضاً مزروعة بشرط قطع الزرع تردداً فى وجوب الوفاء به ويجب بمقتضى ذلك طرد التردد المذكور فى الثمرة المؤبرة ، ولو قيل : انه لا يصح البيع بشرط قطعها لأن فيه تنقيص مآليتها لم يبعد .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان أصاب النخل عطش ، وخاف أن تشرب الثمرة الماء من أصل النخل فيهلك ففيه قولان ( أحدهما ) لا يكلف البائع قطع الثمرة ، لأن المشتري دخل فى العقد على أن يترك الثمار الى الجذاذ فلزمه تركه ( والثانى ) انه يكلف قطعه ، لأن المشتري انما

رضى بذلك اذا لم يضر به ، فاذا اضر به لم يلزمه تركه ، فان احتاج أحدهما الى سقى ماله ولم يكن على الآخر ضرر جاز له أن يسقيه ، لأنه اصلاح لماله من غير اضرار بأحد فجاز ، وان كان على الآخر ضرر في السقى وتشاها ففيه وجهان . قال أبو اسحاق : يفسخ العقد لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر في الاضرار فوجب أن يفسخ . وقال أبو على ابن أبي هريرة : يجبر الممتنع منهما لأنه حين دخل في العقد رضى بدخول الضرر عليه ، لأنه يعلم أنه لابد من السقى ويجب أجرة السقى على من يسقى لأن منفعتيه تجمل له ) .

( الشرح ) تقدم أن الثمرة اذا بقيت للبائع لا يكلف قطعها الى أوان الجذاذ ، ومن ضرورة ذلك أن يمكن من سقيها ، فيلزم المشتري تمكينه ، وقد لا يسقى البائع فيحصل للمشتري الضرر ، وقد يحصل الضرر من السقى أيضا ، وذكر المصنف تفصيل ذلك في هذا الفصل في مسألتين ( المسألة الأولى ) اذا عطشت النخل وكان قد باعها وهي مؤبرة وأبقينا الثمار للبائع فعطشت النخل وانقطع الماء ، ولم يتمكن من سقيها ، وكان تركها على الأصول يضر بالأصول ولا يضر بالثمرة ، فان كان الضرر يسيرا أجبر المشتري عليه ، هكذا قاله القاضى أبو الطيب وغيره ، ونص عليه الشافعى رضى الله عنه في الأم ، وان كان كثيرا بأن كان يخاف على الأصول الجفاف أو نقصان حملها في المستقبل نقصانا كثيرا ، وعلى ذلك يجب حمل كلام المصنف ، ففيه قولان منصوصان في الأم في هذا الموضع ، وحكاها الأصحاب كما حكاها المصنف نقلا وتعليلا ، وعبارة الشافعى في الأم ففيها قولان ثم ذكر قول الاجبار ، ولم أره ذكر القول الآخر ، فتأملت كلامه الى آخره تأملا كثيرا . فلم أفهم الثانى منه . فلمعله تركه اما لوضوحه أو لضعفه .

( والأصح من القولين ) الثانى القائل بالاجبار . وممن صححه الرويانى وابن أبى عمرون والنووى ، ورجحه الرويانى بأن ضرر الأصول أكثر وجزم به الفورانى . ونقل الرافعى تصحيحه عن الكرخى : وصححه في المحرر ، وقد ذكر الماوردى مسألة السقى وقسمها تقسيما حسنا ، وهى أن السقى اما أن يكون ممكنا أو متمذرا .

فان كان متمذرا فاما لاعواز الماء أو لفساد آله . فان كان لاعواز الماء سقط حكم السقى ، ثم نزل الثمرة على أربعة أضرب ( الأول ) أن يكون يضر بالثمرة والنخل جميعا . فقطع الثمرة واجب . ولصاحب النخل اجباره . لأن تركها مضره للنخل بلا منفعة له ( والثاني ) أن لا يضر واحدا منهما فله ترك الثمرة الى أوان الجذاذ ( الثالث ) أن يضر بالثمرة دون النخل المثمرة فالخيار ( الرابع ) أن يضر بالنخل دون الثمرة فقولان . وهذا الضرب هو الذى ذكره المصنف .

وان كان تعذر السقى لفساد الآلة أو المجارى أو طم الآبار فأيهما لحقه بتأخير السقى ضرر كان له اصلاح ما يوصله الى الماء . فان كان ذلك مضرا بالنخل وجب على مشتري النخل أن يزيل الضرر عن نخله ، ولا يجبر رب الثمرة على قطع ثمرته ، وان كان مضرا بالثمرة لزمه ذلك ، أو يقطعها ، وان كان مضرا بهما جميعا لزم صاحب الثمرة الا أن يبادر الى قطع ثمرته فيسقط عنه ( وأما ) ان كان السقى ممكنا فله أربعة أضرب ( أحدها ) أن يكون نافعا لهما ( والثاني ) أن يكون ضارا لهما ( والثالث والرابع ) أن يكون ضارا لأحدهما دون الآخر ، وسنذكر ذلك مفصلا .

( المسألة الثانية ) اذا احتاج أحدهما الى سقى ما له ، ولم يكن على الآخر ضرر ، جاز له أن يسقيه ، لما ذكره المصنف وفيها صورتان ( احدهما ) أن يكون المحتاج البائع ( والثانية ) أن يكون المحتاج المشتري ، وقول المصنف : ولم يكن على الآخر ضرر يشمل ما اذا كان له نفع ، وما اذا لم يكن ، والشيخ أبو حامد والماوردي ذكرا ما اذا كان لكل منهما نفع ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجبر الممتنع من السقى على السقى ، وللاخر أن يسقى ، والأجرة عليه ، وقال الماوردي : للبائع أن يسقى وعلى المشتري أن يمكنه ، ومؤنة السقى على البائع . لما فيه من صلاح ثمرته ، وان كان لنخل المشتري فيه صلاح ، الا أن الأغلب من حال السقى صلاح الثمرة والنخل تبع . فلو امتنع البائع من السقى لم يجبر ، وقيل للمشتري : ان أردت سقى نخلك فاسقه ولا نجبرك عليه .

وما قاله الماوردي موافق فى المعنى لما قاله الشيخ أبو حامد والمصنف :

وعبارة المصنف أشمل كما تقدم التنبيه عليه . والحكم واحد لا يختلف وإنما يختلف التصوير . فيجىء صور هذه المسألة بإطلاق المصنف ثلاثاً : أن ينتفع البائع ولا يتضرر المشتري ولا ينتفع أو ينتفع المشتري ولا يتضرر البائع ولا ينتفع . أو ينتفعا جميعاً . وكلام هؤلاء الأئمة يقتضى أن البائع لا يجبر على السقى ، ومن جملة الأقسام التى أطلقوها . أما إذا كان السقى نافعا لهما وكان تركه ضاراً بالمشتري لامتناع الثمار رطوبة الأشجار وقد جزم الامام فى هذه الصورة فى حال إمكان السقى بأن البائع يجبر من جهة المشتري على أحد الأمرين : إما أن يسقى وإما أن يقطع الثمار إذا كان يضر بقاؤها . وجعل محل القولين اللذين حكاهما المصنف أولاً فيما إذا كان السقى متعذراً ووجه القول الأول القائل بأنه لا يكلف قطع الثمرة بأنها تنتفع بالتبعية وإنما على البائع أن لا يترك مجهوداً يقدر عليه . فان انقطع الماء فلا تقصير منه . وحق التبعية قائم له . وهذا الذى قاله الامام حسن يجب تنزيل كلامهم عليه . وقال الامام : ان القولين يثيران الى أن المراءى جانب البائع أو جانب المشتري ؟ قال : ولم يقع التعرض لاستواء الحقين . يعنى كما يقوله أبو اسحاق فيما اذا لم يكن على الآخر ضرر كما سيأتى . قال : ولا بد من هذا الوجه . ثم موجب استواء الحقين الفسخ ، والله أعلم .

وقول المصنف : جاز له أن يسقيه . وليس للأخر أن يمنعه ، فان منعه أجبر على تمكينه . وهذا مراد الرويانى بقوله اذا كان السقى ينفعهما فأيهما طلب أجبر الآخر عليه . لأنه لا فائدة من الانتفاع فيما ينفعه ولا يضره أى أجبر على التمكين منه . لا على أن يسقى ، والله أعلم .

( المسألة الثالثة ) اذا احتاج أحدهما الى السقى وكان على الآخر ضرر . وفيها صورتان ( أحدهما ) أن يكون السقى يضر بالثفل وينفع الثمرة ، فأراد البائع السقى فوجهان : قال أبو اسحاق يقال للمشتري : اسمح للبائع بالسقى . فان سمح فذاك . والا قلنا للبائع : اسمح بترك السقى . فان سمح فذاك وان أبى فسخنا العقد بينهما : وقال ابن أبى هريرة : يجبر المشتري على ذلك وللبيع أن يسقى . والأجرة على البائع . وحكى الامام وجهاً ثالثاً بمراعاة جانب المشتري لأن البائع ألزم تسليم الشجرة على كمالها . قال :

وحقيقة الأوجه تؤول الى أن من أصحابنا من يرعى جانب المشتري ، ومنهم من يرعى جانب البائع . وأبو اسحاق لا يقدم أحد الحقين على الآخر .

( الصورة الثانية ) أن يكون السقى يضر بالثمرة وينفع الشجرة . فأراد المشتري السقى . قال أبو اسحاق : يقال للبائع ، اسمح في أن يسقى المشتري . فان سمح فذاك ، والا قلت للمشتري : اسمح في ترك البائع فان سمح فذاك وان أبى فسحنا البيع بينهما وقال ابن أبى هريرة : أجبر البائع على ذلك وأوجب الأجرة على المشتري ، لأنه على أن لا يضر بغيره وفيه الوجه الثالث الذى حكاها الامام ويكون بينا لمراعاة جانب البائع ، وفي كل من الصورتين لو اتفقا على السقى أو تركه جاز ، قاله صاحب البيان وغيره ، وقد يخص المصنف هاتين الصورتين فيما ذكره وتبين بهذا التفصيل أن قوله : وتجب الأجرة على من يسقى من كلام ابن أبى هريرة ، وأما مراده بمن يسقى البائع في الصورة الأولى والمشتري في الصورة الثانية .

ويجوز أن يكون قوله : وتجب أجرة السقى على من يسقى كلاما مبتدأ غير مختص بابن أبى هريرة ، يعنى حيث أوجبنا السقى فهو على من ينتفع به . لا كمن باع ثمرة بعد بدو الصلاح ، فانه يسقى ، والمنفعة للمشتري ، ويشمل ذلك ما اذا سقى البائع أو المشتري أو هما جميعا فتجب الأجرة عليهما ، كما صرح به الرويانى وهو الظاهر . والذى يسقى في الصورتين هو المطالب الذى أجبرنا الممتع لأجله . ومعنى الاجبار اجباره على تمكين الآخر من السقى ، وقول المصنف : لأن منفعة السقى تحصل له تعليل ظاهر في الطرفين ، وقد فهم ابن الرقعة من كلام الماوردى في هذه الصورة الثانية ، وقوله : ان لصاحب الثمرة منعه . فاذا منعه كان لصاحب النخل فسح البيع ففهم ابن الرقعة من ذلك قولاً آخر . قال : وبذلك يكمل أربعة أوجه .

( ثالثها ) ان تراضيا على أحد الأمرين فذاك ، والا فسح الحاكم .

( ورابعها ) الأمر كذلك الا أن المتولى للفسخ البائع ان أراد ، وقد بقى من هذه المسائل مسألة ذكرها الشيخ أبو حامد والماوردى وغيرهما ، وتركها المصنف لوضوحها ، ولا خلاف فيها ، وهى اذا كان

السقى يضر بالثمرة والنخل جميعا كان لكل منهما منع الآخر لأنه يدخل الضرر على صاحبه بغير منفعة تعود اليه فهو سفه وتضييع .  
قاله الرويانى : وهذا انما يتصور في غير النخل .

( أما ) النخل فينبغه السقى أبدا ، فلو قال صاحب الثمرة : أريد أن آخذ الماء الذى كنت أستحقه لسقى ثمرتى فأسقى به غيرها من الثمار أو الزروع لم يكن له ذلك ، وهكذا لو أخذ ثمرته قبل وقت جذاذها لم يكن له أن يأخذ الماء الذى كان يستحقه الى وقت الجذاذ ، لأنه انما يستحق من الماء ما فيه صلاح تلك الثمرة دون غيرها ، فقد كملت المسائل التى فى أحوال السقى ستا شمل كلام المصنف خمسا ، وترك واحدة . ومسائل ترك السقى سبعا ذكر المصنف منها فى آخر كلامه واحدة وترك ستا ، وكلها مندرجة فى كلام الماوردى ، والله أعلم .

( فائدة ) قال الشيخ أبو حامد وغيره : قالوا : هلا قلتم فى هذه المسائل السقى على المشتري صاحب الشجرة كمن باع ثمرة منفردة عن الأصل بعد بدو صلاحها وعطشت ، حيث تجب أجره السقى على صاحب الأصل . وفرق هو وغيره من الأصحاب بأنه فى مسألة البيع بعد بدو الصلاح يجب عليه تسليم الثمرة كاملة ، وذلك انما يكون بالسقى وههنا الواجب على البائع تسليم النخل ، وقد سلمها ولم يملك الثمرة من جهة المشتري ، فكان بخلافه ، قال ابن الرقعة : وحيث نقول باجبار المشتري فلا خيار له . أى فى حال انتفاع الثمرة بالسقى .

( فرع ) حيث جعلنا للبائع السقى ، قال الشافعى والأصحاب : وانما له أن يسقى القدر الذى فيه صلاحه ، وليس له أن يسقى أكثر من المعهود بحيث يتضرر به صاحب النخل ، فانه كما يحصل الضرر بالعطش المفرط يحصل بالرى المفرط . فان اختلفا فى ذلك فقال المشتري : فى كل عشرة أيام سقية . وقال البائع : فى كل خمسة أيام سقية ، فالمرجع فى ذلك الى أهل الخبرة فما احتاج اليه أجبر الآخر عليه . ولو قال أهل الخبرة : ان الثمرة لا تفسد بترك السقى . بل تسلم الثمرة من غير سقى غير أنها لو سقيت لظهرت زيادة عظيمة ،

والشجر يتضرر بها ، قال الامام : فهذا فيه احتمال عندي ، يجوز أن يقال : يمنع البائع . فان الزيادات لا تنضبط : فالمرعى الاقتصاد . ويجوز أن يقال : أن يسقى لمكان الزيادة على مذهب من يراعى جانبه . وهذا بين أن محل الخلاف المتقدم عن أبي اسحاق وابن أبي هريرة إذا كان السقى يضر أحدهما فعلة ويضر الآخر تركه وفي هذه المسألة لم يتعارض ضرران ، وإنما ضرر وزيادة نفع ، والذي ينبغي ترجيح اجتناب الضرر ومنع البائع من السقى . والله أعلم .

وأطلق الرافعي احتمال الامام متى كان السقى يضر بواحد ، وتركه يمنع حصول زيادة للآخر ، وذلك يشمل الصورة المذكورة وعكسها في كل منهما ، هل يلحق ذلك بتقابل الضرر ؟ فيه احتمالان ، ولم أرهما في النهاية الا في الحالة الواحدة ، وجعل الغزالي الاحتمالين المذكورين وجهين ، والمراد أنه على أحد الاحتمالين يأتي الخلاف السابق بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، وعلى الاحتمال الآخر يتعين السقى ، والله أعلم .

( فرع ) القولان اللذان أطلقهما المصنف ، هل محلها فيما إذا كان السقى متعذرا أو مطلقا ؟ كلام الغزالي والامام يقتضي الأول وجزم في حالة الامكان بوجوب السقى أو القطع على البائع ، وكلام الشافعي يقتضي الثاني ، لكنه في حالة انقطاع الماء المعد لذلك وامكان غيره ، ورأى ابن الرفعة كذلك تنزيل القولين على حالة امكان السقى من غير الماء المعتاد ، وتنزيل الجزم بوجوب أحد الأمرين على ما إذا كان السقى ممكنا بالماء المعد لذلك . واستنبطه من كلام الشافعي ، وقوله : أخذ صاحبه بقطعه الا أن يسقيه متطوعا ، أخذ من ذلك أن الواجب عند امكان السقى انقطع عينا ، وله أن يسقطه بالسقى الا أن الواجب أحد الأمرين ، كما يقول ذلك في المولى ، فان لم يمكن السقى بحالة من الأحوال تعين وجوب القطع ، لأنه لا مسقط له . ولا جرم كان هو الأصح عند الكرخي وغيره . وقال النووي : ان هذين القولين فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة ، فان لم يكن وجب القطع قولاً واحداً ، كذا قاله الامام وصاحب التهذيب .

( فرع ) ظاهر كلام الأصحاب أنه يجب السقي بالماء الذي جرت العادة أن يسقى منه تلك الأشجار . ولو كان ملك المشتري بأن كان من بئر دخلت في العقد . وقلنا بأنه يملك ماءها كما هو المذهب ، ولما كان استحقاق البائع لذلك من جهة الشرع اغتفر ، بخلاف ما لو شرط لنفسه انتفاعا بملك المشتري حيث يفسد العقد ، قال ابن الرفعة : لكن هذا يقتضى عدم استحقاق السقى إذا كانت الثمرة غير مؤبرة وشرطها البائع لنفسه فلي تأمل .

( قلت : ) لا يقتضى ذلك فإن شرطه الثمرة غير المؤبرة لنفسه يصيرها بمنزلة الثمرة المؤبرة ، وحينئذ يكون وجوب السقى بالشرع وجوب الإبقاء ، وليس ذلك ، كما إذا شرط الانتفاع بملك المشتري ومن كون السقى واجبا من الماء المعتاد وإن كان ملك المشتري يستفاد معنى قول المصنف تجب أجره السقى على من يسقى ، ولم يقل : تجب مؤنة السقى ، لأن الماء من جملة المؤنة ، وهو على المشتري وفي الصورة المذكورة وإنما يجب على من يسقى بها الأجرة في نقله . وما أشبهه ، نعم تجب عليه أيضا الآلات التي يسقى بها المشتري إنما يلزم التمكن من الماء خاصة ، والله أعلم .

( فرع ) أما الأرجح من هذه الأوجه صحح الرافعي قول الفسخ كما هو قول أبي إسحاق . وصحح الغزالي في الوسيط مراعاة جانب المشتري والذي يقتضيه إطلاق نص الشافعي يشهد لما قاله ابن أبي هريرة فإنه قال : وإذا كان لا يصلحها إلا السقى فعلى المشتري تخلية البائع . وما يكفى من السقى فهذا في هذه الصورة موافق لابن أبي هريرة في اجبار المشتري ، فيحتمل أن يكون في عكسها يجبر البائع كما يقوله ابن أبي هريرة وهو الأقرب . ويحتمل أن يكون يقول بمراعاة جانب البائع مطلقا . وقال ابن الرفعة : إن ظاهر النص على ما صححه في الوجيز .

قال المصنف رحمه الله تعالى

( لا يجوز بيع الثمار والزرع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم

« نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها » وروى ابن عمر رضى الله عنه أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة » ولأن المبيع إنما ينقل على حسب المادة • ولهذا لو اشترى بالليل متاعا لم يكلف نقله حتى يصبح • والعادة في الثمار تركها إلى أوان الجذاذ ، فإن باعها قبل بدو الصلاح لم يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز ، وإن باعها بشرط القطع جاز ، لأنه يأخذ قبل أن يتلف فيأمن من الغرر ، وإن باع الثمرة مع الأصل والزرع مع الأرض قبل بدو الصلاح جاز ، لأن حكم الغرر يسقط مع الأصل ، كالغرر في الحمل يسقط حكمه إذا بيع مع الأصل وإن باع الثمرة ممن يملك الأصل أو الزرع ممن يملك الأرض ففيه وجهان ( أحدهما ) يصح ، لأنه يحصل لمالك الأصل ، فجاز كما لو باعها مع الشجرة والأرض ( والثاني ) لا يصح ، لأنه أفردته بالبيع قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع ، فأنشبه إذا باعها من غير مالك الأصل ) •

( الشرح ) حديث ابن عمر رضى الله عنهما الأول رواه بلفظه المذكور البخارى ومسلم ، ولفظ مسلم : الثمرة ، وفي الصحيحين أيضا من رواية ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها » زاد مسلم : « وتذهب عنه الآفة » ( وأما ) حديث ابن عمر الثانى فرواه مسلم ، ولفظه : « عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » وفي رواية الشافعى في حديث ابن عمر قال الراوى : « فقلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع الثريا » وقد وردت أحاديث في الصحيحين وفي غيرهما في المنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح ( منها ) حديث ابن عمر المذكور ( ومنها ) عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى » ، قال الراوى : « فقلنا لأنس : ما زهرها ؟ قال : تحمر وتصفّر ، قال : « رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخارى ومسلم •

وقد كثر الزهو في الحديث يقال : زها النخل يزهو ، قال الخطابى :

هكذا روى في الحديث يزهو ، والصواب في العربية يزهي وقال غيره : ليس هذا القول منه عند كل أحد ، فان اللغتين قد جاءا عند بعضهم . ومنهم من قال : زها النخل اذا طال واكتهل ، وهذا القول مخالف لما جاء في الحديث من تفسير أنس العارف بالعربية ، ولمعنى الحديث : وقد ورد في بعض روايات الشافعي لهذا الحديث : « قيل : يا رسول الله .. وما تزهي ، قال : حتى تحمر » والزهو — بفتح الزاي — وذكر ابن معين أن أهل الحجاز يضمون الزاي وهو غريب ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ، ولا تتبايعوا الثمر بالثمر » رواه مسلم ، وقوله : يبدو أى يظهر ، يقال : بدا يبدو مثل دعا يدعو ، فأما بدأ يبدأ — يالهمز — فمن الابتداء وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى أن تباع الثمرة حتى يشقح ، قيل : وما يشقح ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » رواه البخاري ومسلم رحمهما الله تعالى ، وقوله يشقح — بضم الياء المثناة من تحت واسكان الشين المعجمة وبعد القاف حاء مهملة — ويروى — بفتح الشين وتشديد القاف — يقال : أشقح وشقح ، وروى يشقه بإبدال الحاء هاء ، وقد فسره في الحديث قال : والاشقاه أن يحمر أو يصفر ، وفي رواية النسائي في هذا الحديث : حتى يطعم ، وفي رواية لمسلم : حتى يطيب . وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل . وحتى يوزن ، قال : فقلت : ما يوزن ؟ فقال رجل عنده : حتى يحرز » رواه البخاري ومسلم .

وعن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » رواه أبو داود والترمذي . والحب الطعام ، واشتداده قوته وصلابته .

فهذه أحاديث من رواية خمسة من الصحابة تمنع من بيع الثمار قبل بدو الصلاح ، وعن عمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسلاً أنه « نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة » رواه مالك في الموطأ . وألفاظ هذه الأحاديث مختلفة ، ومعانيها متفقة . قال العلماء : اما أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم قالها في أوقات مختلفة ونقل كل واحد

من الرواة ما سمع واما أن يكون قال لفظا في وقت ونقله الرواة بالمعنى.  
وعن زيد بن ثابت قال : « كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم  
يتبايعون الثمار ، فاذا جذ الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع : انه أصاب  
الثمر الذمان أصابه مراض أصابه قشام — عاهات يحتجون بها — فقال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كثرت عنده الخصومة في ذلك :  
« اما لا فلا تبائعوا حتى يبدو صلاح الثمرة » كالمشورة يشير بها لكثرة  
خصومتهم » رواه البخارى • الذمان — بفتح الذال وتخفيف الميم —  
عفن يصيب النخل فينشق أول ما يبدو من عفن وسواد ، والمراد  
— بضم الميم — داء يقع في الثمرة فتهلك ، والقشام — بضم القاف  
والمشين المعجمة — أن ينتقص ثمر النخل قبل أن يصير بلحا •

( وقوله : ) اما لا ، أى ان لم تفعلوا هذا ، فليكن هذا ، وأصلها  
ان الشرطية زيدت عليها ما وأدغمت فيها ، وأدخلت على لا النافية ، وقد  
يقال : ان حديث زيد هذا يدل على أن النهى في الأحاديث المتقدمة  
ليس على سبيل التحريم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « اما لا » ، ولقول  
الراوى : كالمشورة لهم ، فان ذلك يدل على أنه ليس بمتحتم ، والتمسك  
على ذلك بقول الراوى كالمشورة ليس بالقوى ، فان كل أوامره صلى  
الله عليه وسلم ونواهيه لمصالحهم الأخروية والدنيوية ، وأما التمسك  
بقوله : اما لا ، فلا أنه يقضى أن النهى معلق على شرط وهو الذى نكده  
والذى يليق بهذا الموضع أن يكون التقدير ان لا تراجعوا عن الخصومة  
أو ما فى معنى ذلك ، فذلك وان كانت صورته صورة التعليق فليس  
المراد منه التعليق ، فان رجوعهم عن الخصومة فى المستقبل فى حق كل  
أحد لا يعلم ولا يمكن أن يبقى الحكم موقوفا على ذلك ، فالمراد  
— والله أعلم — أنشأ النهى لأجل ذلك ، وكأنه استعمل بمعنى اذ  
الذى تستعمل للتعليل ومما يرشد الى أن النهى حتم قوله : نهى البائع  
والمشتري ، فانه تأكيد للمنع وان كان لمصلحة المشتري •

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث ،  
وقال أبو الفتوح القشيري : أكثر الأمة على أن هذا النهى نهى تحريم ،  
وقوله فى حديث أنس : « أرأيت ان منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ  
أحدكم مال أخيه ؟ » وقد ورد فى بعض الروايات الصحيحة بيان أنه

من كلامه صلى الله عليه وسلم وذلك من طريق مالك رحمه الله والدراوردى .  
وخالفهما سفيان الثوري واسماعيل بن جعفر عن حميد ، فجعله  
من كلام أنس ، واتقان مالك رحمه الله وضبطه مع كونه لا تنافي بينه  
وبين ما رواه سفيان يقتضى الحكم بكون ذلك من كلام النبي صلى الله  
عليه وسلم ويكون أنس قاله من كلامه لم يأت فيه بالرفع ، وأن  
عنده عن النبي صلى الله عليه وسلم فروى عنه كذلك على الوجهين ،  
ويثبت كونه عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد زعم بعض شارحي  
التبتيه أن الشافعى رضى الله عنه انفرد عن جمهور المحدثين برفعه  
وليس كذلك ، فقد رواه جماعة عن مالك غير الشافعى ورواه مع مالك  
عن حميد الدراوردى كما رأيت ، والله أعلم .

( أما الأحكام ) فقد قسم الشافعى والأصحاب بيع الثمرة الى  
قسمين :

( القسم الأول ) أن يبيعهما قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين  
( الأول ) أن تباع مفردة عن الأشجار وذلك على قسمين ( الأول )  
أن تكون الأشجار للبائع أو لغير المتعاقدين ، فبيع الثمرة حينئذ على  
ثلاثة أقسام ، وهذا التقسيم أحسن ، وإن شئت تقول - وهو أقرب  
الى كلام المصنف : أن يبيع الثمرة على قسمين ( الأول ) أن يبيعهما  
قبل بدو الصلاح وذلك على قسمين ( الأول ) أن تباع من غير مالك  
الأصل ، وذلك على قسمين ( الأول ) أن تكون مفردة عن الأشجار  
وذلك على ثلاثة أقسام ( الأول ) أن يبيعهما بشرط التبقية فبيعهما  
باطل بلا خلاف للأحاديث السابقة .

( الثانى ) أن يبيعهما بشرط القطع فالبيع صحيح بلا خلاف لأنه  
بالقطع يزول المحذور من الآفة والعامة ، ومن صرح بالاجماع في  
المسألتين الشيخ أبو حامد والرافعى وغيرهما ، ونقل ابن حزم  
في كتابه المحلى عن سفيان الثوري وابن أبى ليلى منع بيع الثمرة  
قبل بدو صلاحها جملة ، لا بشرط القطع ولا بغيره ، والشافعى رضى  
الله عنه أخذ جواز بيعها بشرط القطع من قوله صلى الله عليه وسلم :  
« رأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » كذلك

قال في الأم فان الثمرة التي تقطع لآفة تأتي عليها فانما يمتنع ما يترك مدة تكون فيها الآفة ، وليس ذلك من باب تخصيص العموم بعلّة مستتبطة منه ، فان ذلك فيه خلاف • وأما هذه العلة فمخصوصة •

ولا شك أن استفادة التعليل من هذا الكلام ظاهرة ، وهو من أقوى درجات الايماء الذي هو أحد أدلة العلة ، ولعل سفيان الثوري رحمه الله انما منع من ذلك لأن في روايته أن التعليل المذكور من كلام أنس كما قدمته ، فلعله لذلك لم يأخذ به ، لكن في الحديث ألفاظ أخرى تدل على ذلك ( منها ) قوله : حتى تنجو من العاهة ( ومنها ) قوله : حتى يبدو صلاحها ، يعنى أنها بعد الصلاح تأمن من العاهات والجوائح غالبا لكبرها ، وغلظ نواها ، وقبل الصلاح تسرع اليها العاهات لضعفها ، فاذا تلفت لم يبق شيء في مقابلة الثمن ، وكان ذلك من أكل المال بالباطل ، فاذا شرط القطع عرف أن غرضه هو الحصرم وهو حاصل ، وقيل معنى آخر ضعيف نقله الامام وهو أنها قبل بدو الصلاح<sup>(١)</sup> أجزائها — كبرا ظاهرا — من أجزاء الشجرة ، وقد اتفق على القول بالجواز الشافعية والمالكية والحنفية •

( فرع ) اذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به فلو سمح البائع بعد شرط القطع على المشتري بترك الثمرة الى بدو الصلاح جاز ، ولو طالبه بالقطع لزمه ذلك ، نص عليه الشافعي والسيمرى والماوردي والرافعي ، قال الرافعي : ويكون بدو الصلاح ككبر العبد الصغير • وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة الى البائع ، وقد يقوى ذلك بأن الغرر انما ينتفى بأخذها ، ولذلك قال المصنف رحمه الله : لأنه يأخذه قبل أن يتلف ، فمتى لم يؤخذ — وان كان بتراضيهما — فالغرر باق ، ألا ترى أنه لو تراضيا على عدم شرط القطع لم يصح ؟

وطريق الانفصال عن هذا السؤال أن المحذور آفة تمنع من التسليم المستحق بالعقد ، وهو في هذه الصورة مأمون ، فان التسليم المستحق فيها التسليم عقيب العقد ، فاذا تراضيا على ابقائها وحصلت

---

(١) بياض بالأصل قلت : ولعل العبارة هكذا : انها قبل بدو الصلاح اذا قطعت يكون جزء كبير من أجزائها • ( ط ) •

آفة بعد ذلك لم تكن مانعة من التسليم المستحق ، بخلاف ما اذا أطلق أو شرط التبقية ، فان التسليم المستحق بالعقد هو وقت الجذاذ ، فالآفة قبله مانعة منه ، وممن روى عنه من المتقدمين ما يشبه قولنا يحيى بن أبى كثير اليملى التابعى ، صح عنه أنه قال : لا بأس ببيع الشعير للعلف قبل أن يبدو صلاحه اذا كان يحصده من مكانه . فان غفل عنه حتى يصير طعاما فلا بأس به •

( فرع ) قال فى التتمة : انما يجوز البيع بشرط القطع اذا كان المقطوع منتفعا به ، كالحصرم واللوز والبلح والمشمش ، فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والسفرجل والكمثرى فلا يجوز بيعه بشرط القطع أيضا ، وكذلك قال فى البحر ، والرافعى فرع اذا باع بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى مضت مدة فان كان قد طالبه البائع بالقطع فلم يقطع ، وجبت الأجرة ، والا فلا ، قاله الخوارزمى •

( فرع ) التسليم فى ذلك هل يكون بالتخلية كما هو تسليم الثمار ؟ فتكون مؤنة القطع على المشتري ؟ أو لا يكون الا بالنقل والتحويل فتكون مؤنة القطع على البائع ؟ الذى يظهر من كلامهم الثانى ، ويظهر أثره فيما لو تلفت قبل قطعها هل يجرى فيها خلاف وضع الجوائح ؟ وسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى •

( القسم الثالث ) أن يبيعها مطلقا لا بشرط القطع ولا بشرط التبقية ، فمذهبنا أن البيع باطل للأحاديث ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وداود ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : البيع جائز صحيح ، ويؤخذ المشتري بقطعها فى الحال بناء على أصله فى أن الاطلاق يقتضى القطع ، لأن من حقوق العقد التسليم من غير تأخير والتسليم لا يتم الا بالقطع ، وعندنا الاطلاق يقتضى التبقية ، فنحن نخالفه فى المسألة وفى الأصل الذى بنى عليه ، ولهذا قال : لا يصح البيع بشرط التبقية لا بعد الصلاح ولا قبله ، وبشرط القطع يصح فيهما ، والاطلاق كشرط القطع ، ونحن نقول بشرط القطع يصح فى الحالين ، وبشرط التبقية يصح بعده ، ولا يصح [ قبله ] والاطلاق كشرط التبقية •

واستدلوا بأن حمل العقد على الصحة أولى فينبغى أن تنزله على القطع ليصح ، وبالقياص على ما بدا صلاحها ، وعلى ما شرط

تقطعها ، وعلى رهنها ، وأجاب أصحابنا بأن النهى ورد مطلقا فلا يكون تنزيله على شرط التبقية لاطلاقه ، ولا على شرط القطع للاجماع بيننا وبين الخصم ، فتعين أن يحمل على البيع المطلق ، وأيضا أن النهى توجه الى المعهود من البياعات ، والمعهود من البيع اطلاق العقد دون تقييده بالشرط ، فصار النهى بالعرف متوجها الى المطلق دون المقيد ، ولأن العرف في الثمار أن تؤخذ وقت الجذاذ فصار المطلق كالمشروط التبقية ، والتسليم الواجب في العقد في كل شيء بحسبه ، وليس التسليم بالقطع والتحويل ، وإنما هو برفع اليد والتمكين •

وأما اطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم ، بل يحمل على ما يقتضيه الاطلاق ثم يعتبر حكمه في الصحة والفساد ، وقد يتيقيد المطلق اذا كان هناك عرف يقيده لم يؤثر القيد اما في التصحيح واما في الافساد ، وليس ذلك سعيًا في التصحيح ولا في الافساد بل هو واقع من ضرورة القيد •

( وأما ) القياس على ما بدا صلاحها ، فلا يصح لوجهين ( أحدهما ) أنه يدفع النص ( والثاني ) أن ما بدا صلاحه يخامر العاهة ، والقياس على المشروط القطع مردود بتقدير أن المطلق يقتضى التبقية والقياس على الرهن ، فجوابه أن لنا في رهنها قبل بدو الصلاح قولين ، فإن جوزنا فلأن الرهن والهبة والوصية لا ضرر في عقدها قبل بدو الصلاح ، لأنه لا عوض في مقابلتها بخلاف البيع ، فانها اذا تلفت ضاع الثمن ، ثم اعترضوا بما قدمته من رواية زيد بن ثابت ، وقوله : ان النهى كان كالمشورة ، وقد تقدم الكلام فيه ، وأجاب أصحابنا أيضا عنه بوجهين :

( أحدهما ) أن تأويل الراوى مرجوع اليه اذا احتل الخبر أمرين ، والمراد أحدهما بالاجماع ، كتفسير التفرق في خيار المتبايعين ، وكقوله الا ها ها تفسير عمر له <sup>(١)</sup> ( أما ) في تخصيص العموم ومخالفة الظاهر فلا •

---

(١) المراد بتفسير عمر له أى زمن لا يسمح بالتبقية ، وقد يكون اللفظ ( تفسير عمومه • وهو ليس بتفسير للعموم في الحديث ولكنه استثناء الا من العموم فهو مخصص منه ولكن قوله بعد ذلك أما في تخصيص العموم ، يفيد ان رايه مكذا • (المطبعي)

( والثانى ) أن ظاهر رواية زيد وقوله : انه حضر تقاضيهـم أنه كان قد وقع على شرط التبقية ، ولا يقال وقت التقاضى بعد مدة الا اذا كان مشروطا : وهذا الظاهر مشروط بالاجماع لأنه متى شرط التبقية بطل ، ثم لا وجه لتمسك الحنفية به لأنهم يمنعون شرط التبقية بعد بدو الصلاح . كما يمنعون قبله ، والحديث المذكور يقتضى الفرق بين الحالتين ، وحمل الغزالي فى التحصين المشورة فى ذلك على تعرف أحوال الثمرة ونجاتها من العاهة ، وأن ذلك لا يحصل الا بالزهو فلما عرف العلة بالمشورة أثبت حكم الشرع بناء على العلة كما قال للسائل : « أينقص الرطب اذا جف ؟ » ودليله أنه لما ذكر حالة الاحتياج قال : « فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فهذا يدل على تحريم أخذ المال مع توقع الهلاك عن قرب .

( قلت : ) وقد قدمت ما يرجح تأويله غير ذلك ، وقد صرح عن زيد بن ثابت أنه لم يكن يبيع ثمار أمواله حتى تطلع الثريا ، فيتبين الأحمر من الأصفر ، وروى عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم أنه لا يباع حتى يؤكل من الثمر ، قال الشيخ أبو حامد : ولا مخالف لهما من الصحابة ، والله أعلم .

( فرع ) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التبقية لأنها المعتاد ، فلو كان فى البلاد شديدة البرد كرم لا تنتهى ثمارها الى الصلاوة ، واعتاد أهلها قطع الحصرم ، ففى بيعها وجهان عن الشيخ أبى محمد أنه يصح من غير شرط القطع ، تنزيلا لعاداتهم الخاصة منزلة العادات العامة ، فيكون المعهود كالمشروط ، وامتنع الأكثرون من ذلك . ولم يروا نواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة ، وهذا الخلاف يجرى فيما اذا جرت عادة قوم بانتفاع المرتين بالمرهون : والقفال يرى اطراد العادة فيه كشرط عقد فى عقد فيفسد الرهن ، وأشار امام الحرمين الى تخريج ذلك على مهر السر والعلانية . وأن هذا أقرب من تلك المسألة . لأن اعمال النواطؤ فى تلك المسألة الغاء صريح اللغة الثابتة ، فقد لا يحتمل ، ومن نظائر ذلك ما جرت عادة شخص بأن يرد أجود مما استقرض : فالذهب جواز اقراضه . وفيه وجه ، وهذه مسائل كلها متقاربة المأخذ . والمخالف فى بعضها لعله يخالف فى الباقي . ولكنى اتبعت فى نقل

مسألة الحصرم — عن الشيخ أبى محمد ، ومسألة الرهن عن القفال —  
ما فى النهاية •

والرافعى نقل مسألة الحصرم عن القفال ( فاما ) لنسبة هذه  
القاعدة اليه ( واما ) لنقل خاص عنده ، وفى الوسيط نسبه الى المنع  
فى المسألتين الى القفال ، ونسبه ابن أبى الدم الى الخل والتهافت  
( أما ) الخل فلما ذكرته ( وأما ) التهافت ففى قوله : المنع وتأويله  
أنه خالف من أبطل فى مسألة الحصرم ، وخالف من صحح فى مسألة  
الرهن ، قال ابن الرفعة : كلام الشيخ أبى محمد مبين لكلام القفال  
لأن القفال اعتبر العادة وحدها ، والشيخ أبو محمد اعتبر العادة  
مع كون ذلك لا ينتهى الى الحلاوة ، فقد يحتل ذلك حالة كماله حتى  
لو جرت عادة بقطع العنب الذى يجىء منه عنب حصرم ، صح العقد  
عليه عند القفال بدون شرط القطع ، ومن ذلك يخرج فى مسألة الحصرم  
ثلاثة أوجه •

وهذا الذى قاله ابن الرفعة محتفل ، ولكن ظاهر كلام الناقلين  
عن الشيخ أبى محمد أنه انما اعتبر العادة ، وانما فرضنا فى ذلك  
لأنه الذى يعتاد قطعه حصرما ( أما ) أن ذلك معتبر عنده فى الحكم  
فيحتاج الى نقل ، ومنهم من حمل قول الغزالى ومنع القفال فى  
المسألتين على منع الصحة فى مسألة الرهن ، ومنع وجوب التبقية  
فى الحصرم وحمل الحصرم على ما بدا صلاحه لقول الجوهري أن  
الحصرم أول العنب ، والمراد أنه لا تجب تبقيته الى أوان الجذاذ  
كما يقتضيه اطلاق غيره من الأصحاب ، وهذا حمل حسن أيضا  
لكن الأقرب أن الحصرم لم يبد صلاحه ، وقول الجوهري معناه أول  
الثمرة التى نهايتها عنب •

واعلم أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينها ( أحدها ) العرف  
( والثانى ) العادة ، وينقسم كل منهما الى عام وخاص ، والعرف  
غير العادة ، فان المراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من  
لفظ الى معنى من اللفظ ، كما تقول : الدابة حقيقة عرفية عامة فى  
ذوات الأربع . والجوهر حقيقة عرفية خاصة فى المعنى المصطلح  
عليه بين المتكلمين ، والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال

وما أشبهها فهذان قسمان متغايران ، العادة والعرف ، وقد تجعل العادة أعم وتقسم الى عادة قولية وهى ما سميناه بالعرف ، وعادة فعلية وهى مقابله . وقد يطلق العرف على الجميع ، والأمران الآخران ( أحدهما ) الألفاظ التى تطلق فى العقود ، وفى تقييد مطلقها ، وتفسير مجملها ( والثانى ) ما ينزل عليه العقد من الأمور التى تجعل كأنها شرطت فى العقد .

وهذان أمران متغايران أيضا ، فان الأول يرجع الى تنزيل لفظ مطلق جرى فى العقد على معنى ، كحمل الدرهم على الدرهم المتعارف فى البلد ، وحمل المسلم فيه على السليم ، لأنه المتبادر الى الذهن عند الاطلاق دون الميعب ، والثانى يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد كمسألتنا هذه ، فاعتبار العرف المأم لا شك فيه فى تقييد اللفظ المطلق كما لو قال : اشترى دابة ، لم يشتر الا ذوات الأربع ، والعرف الخاص كالاصطلاح على تسمية الألف ألفين فى مهر السر ومهر العلانية .

( وأما ) العوائد الفعلية فان كانت خاصة فلا اعتبار بها ، وان عمت واطردت فقد اتفق الأصحاب على اعتمادها ، وذكروا لها أمثلة :

( منها ) تنزيل الدراهم المرسلة فى العقود على النقد الغالب . وهذا ان قدمته فى قسم العرف فان هذه العادة أوجب اطرادها فهم أهل العرف ذلك النقد من اللفظ ، فالرجوع فى ذلك الى ما يفهمه أهل العرف من اللفظ الى العادة ( ومنها ) أنا لا نخرج المتكارس الى ذكر المنازل ، وتفصيل كيفية الأجزاء وهذا مثال صحيح ، وهى من قسم ما يرجع الى تقدير شرط مضمون الى العقد ، وكثير من أحوال العقود يحمل على ذلك كالتسليم والقطع ، والتبقيية ، كبقيية أجزاء البهيمة المكراة ، والمقدار الذى يطوى فى كل يوم ، ووجوب تسليم الاكاف والثقر واللجام وجميع الأدوات عند استئجار الدابة .

وضابطه كل ما غلب على وجه يسبق مقتضاه من اللفظ الى الفهم : سبق المنطوق به على وجه يعد التعرض له مستقصيا : مشتغلا بما لا حاجة الى ذكره . وكثيرا ما يسمى الفقهاء ذلك عرفا لعمومه . ولأن فهم هذه الأثنياء صار فى العرف لفهوم اللفظ ، فالتحق بالعادة القولية . قال الامام : وكل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو الحكم .

ومضمرة كالذكر حريحا ، وكل ما يتعارض للظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه ، فهو مثار الخلاف ، يعنى ما تتعارض الظنون في اطراده ، وأما ما لا يطرد جزما فلا يعتبر ، وقد أطلق الأصوليون أن العادة الفعلية لا تعتبر ، فلا تخصص عاما ، ولا تقيد مطلقا كما اذا حلف لا يأكل خبزا ، ولا يلبس ثوبا ، فيحنت بأكل خبز الشعير ولبس الكتان ، وان كانت عادته أن لا يأكل الا القمح ولا يلبس الا الحرير . والسبب في ذلك أن العرف القولى ناسخ للغة وناقل للفظ ، والفعل لا ينقل ولا ينسخ ولا معارضة بينه وبين اللغة ، واطلاقهم في ذلك صحيح وما قدمناه غير معارض له ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ثم أشار الامام أيضا الى تخريج مسألة قطع العنب حصرا على خلاف الأصحاب في أن الشيء النادر اذا أطرده ، كدم البراغيث في بعض الأصقاع ، هل يعطى حكم العام فيعفى عنه ، وقطف العنب حصرا في غاية الندور ، فان فرض اطراد عادة بقعة به فهو على ذلك الندور .

( فرع ) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة . قال الرويانى : لا نص فيه ( قال : ) وقد قال أصحابنا يجوز بيعها مطلقا من دون شرط القطع لأنها لا تنمو ولا تأخذ من أجزاء الشجرة لوبقيت عليها بخلاف غيرها .

( قلت : ) وهذا يشير الى المعنى الذى نقله الامام واستضعفناه فيما تقدم ، ولكن ينبغى أن يقال : لأنه لا يخشى عليها العاهة التى ورد النهى لأجلها ، فان هذه لا يجب تبقيتها على الشجرة فيما يظهر لى ، واذا كان كذلك فيجب قطعها فى الحال ، والله أعلم . ومن نص على الصحة فى ذلك أيضا الخوارزمى وعلله بأن العقد يحمل على العادة . والعادة فيه القطع . وكذلك صاحب التتمة والنوى فى الروضة ، فهذا ما يتعلق بالقسم الأول ، وهو ما اذا بيعت الثمار مفردة عن الأشجار من غير مالك الأشجار .

( فرع ) اذا اشتراها قبل بدو الصلاح بشرط التبقية ، وقطع منها شيئا : قال الشافعى فيما نقله أحمد بن بشرى من نصوصه : ان كان له مثل رده ، ولا أعلم مثلا ، فاذا لم يكن فقيمته ( قلت : ) ومن

هنا أسندت فائدة عظيمة أن المبيع بالببيع الفاسد إذا كان مثليا يضمن بالمثل كما هو القياس ، وإن كان بعضهم قال : انه يضمن بالقيمة ، وإطلاق صاحب التنبيه يقتضيه . فبهذا النص استقدنا أنه يضمن بالمثل ، والله أعلم .

( فرع ) إذا اشترى ذلك بشرط القطع فلم يتفق القطع حتى بدا الصلاح فإن كانت الثمرة لا زكاة فيها فللبائع الاجبار على القطع ، كما كان قبل ذلك ، وإن كانت الزكاة تجب فيها فهل له ذلك ؟ أو لا يجب الى ذلك ؟ بل ينفسخ العقد ؟ فيه قولان ، وقيل : بمجرد بدو الصلاح تعلقت الزكاة بها ، وبطل البيع رواء القفال عن الشافعي لتعذر التسليم ، كما لو اشترى حنطة فانها لت عليها حنطة أخرى قال ابن الرفعة : وهذا فيه نظر ، لأن المستحق بعض المبيع وهو على الاشاعة ، فليكن البطلان ، ان قيل به في قدر الزكاة كما اذا استحق بعض المبيع قال : وجوابه أن ما فصل عن قدر الزكاة يجب قطعه لو بقي العقد فيه وهو لا يمكن ، فلذلك تعذر تسليمه . وكذلك يمنع من بيع بعض الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح . بناء على منع القسمة لأن الشركة تمنع من صحة شرط القطع لما في ذلك من تغيير عين المبيع .

( القسم الثاني ) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف اذا بيعت الثمار مع الأشجار من غير شرط المقتطع ، فإنه يصح ، وقد نص الشافعي رضي الله عنه على هذه المسألة ، نقلها القاضي أبو الطيب عن نصه في الرسالة وقد رأيتها في الأم أيضا في باب ثمرة الحائط يباع أصله ، قال : فإن قال قائل : فكيف أجزمت بيع الثمرة لم يبد صلاحها مع الحائط ، وجعلتم لها حصة من الثمن ولم تجيزوها على الانفراد ؟ ( قيل : ) بما وصفنا من السنة ، وأراد الشافعي بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « الا أن يشترط المبتاع » وذكر الشافعي في الأم في هذا الموضع جواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنيتهما وذلك غير معلوم ، لأنه في معنى الثمرة التي لم يبد صلاحها تتبع في البيع ولو بيع شيء من هذا على الانفراد لم يجز ، وكذلك العبد يباع بجملة جوارحه . ولو أفرد بعضها لم يجز فوافق في هذا وخالف في أنه لا يجوز افراد بعض جوارحه مع القطع أيضا .

قال القاضي أبو الطيب : ولو كان القطع يعنى فى الثمرة اذا بيعت مع الأصل شرطاً لقال - يعنى فى الحديث : الا أن يشترط المبتاع القطع ، وفيه معنى وهو أنها متصلة بالأصل فعفى عن الشرر فيها كأساسات الدار ، وأصول الجذوع ، وطى الآبار ، وغير ذلك ، وأيضاً فإنه اجماع لا خلاف فيه ، هذا كلام القاضي أبى الطيب ( وأما ) ما ذكره من المعنى فهو الذى ذكره المصنف وذكره غيره من الأصحاب أيضاً ، ومرادهم أن الأصل غير متعرض للعاهة ، والثمرة تابعة ، لكن المصنف عدل عن الأمثلة المذكورة الى الحمل ، وكأنه لحظ فى ذلك أن تلك الأشياء أجزاء من المبيع حقيقة والثمرة والحمل كل منهما ليس بجزء حقيقى ، فكان قياسها عليه أولى .

ولك أن تقول : أما قياسها على الحمل فإن كان المراد ما اذا بيعت الأم ودخل الحمل تبعاً فالفرق ظاهر ، وإن كان المراد ما اذا صرح بدخوله حتى يكون كمسألتنا هنا فقد قال الأصحاب : انه اذا قال : بعثك هذه الدابة وحملها ، ففى صحة العقد وجهان ( أحدهما ) عند الرافعى وبه قال ابن الحداد والشيخ أبو على : انه لا يصح ( والثانى ) وبه قال أبو زيد ، وهو مقتضى كلام القاضي أبى الطيب المصحح ، ومقتضى كلام القاضي أبى الطيب فى شرح الفروع أن قول المصحح مفرع على أن للحمل قسطاً من الثمن ، والقول الآخر على أنه ليس له قسط .

( وأما ) قياسها على الأساس فإن كان كلام الأصحاب - وإن كان يقتضى الصحة فى بيع الدار وأساسها - لكنهم أجروا خلافاً فى بيع الجبة وحشوها : فطريقة قاطعة بالصحة لأنه جزء بخلاف الحمل . وطريقة مجرية للخلاف . فهلا جرى فى الثمرة مثل هاتين الطريقتين ؟ ( فإن قلت : ) مأخذ البطلان عند من يقول بها فى بيع الدابة وحملها ، والجبة وحشوها . أنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم . وكل واحد من الحمل والحشو يمتنع افراده بالبيع . والثمرة بعد التأخير وقبل بدو الصلاح يصح بيعها . ولكن بشرط القطع . ولا يلزم من ايجاب هذا الشرط عندما تباع وحدها ايجابه اذا بيعت مع غيرها ، ولا من انقول بالبطلان فى مسألة الحمل والجبة ، القول به هنا .

(قلت : ) يرد ذلك قول الشافعى رضى الله عنه الذى قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطرقها ومسيل مائها وأفنييتها . وذلك غير معلوم . لأنه فى معنى الثمرة التى لم يبد صلاحها تتبع فى البيع . فهذا النص يقتضى الصحة فى الجميع . وأنه اذا قال : بعثك الدابة وحملها يصح . وهو رأى أبى زيد . وأيضا فان الثمرة قبل بدو الصلاح اذا امتنع البيع فيها مطلقا وهى منفردة صارت غير قابلة للبيع على هذه الصورة . وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصودا مع غيره كالحمل . وكيفما قدر لا يصح قياس الصحة فى مسألة الثمرة على الحمل الا عند من يقول بالصحة فيما اذا قال : بعثك الدابة وحملها (والمشهور) خلافة فكيف ساغ للمصنف القياس عليه ؟

وممن وافق المصنف على القياس على الحمل الرافعى رضى الله عنه . والاشكال عليه أشد . فانه صرح بأن بيع الأم وحملها لا يصح على الأصح ( وأما ) المصنف فلعله يرى الصحة . فان القاضى أبا الطيب فى شرح الفروع قال : ان أكثر أصحابنا على أنه يصح بيع الشاة ولبنها والجبة وقطنها اذا علم أن الحثو قطن . وقال : ان مسألة الحمل مبنية على أن الحمل له قسط من الثمن أو لا . يعنى ان قلنا : له قسط صح . والا فلا لعدم العلم به . ويتفق وجوده . واستشهد للصحة فى بيع الشاة ولبنها ببيع الدار وحقوقها ، والجوز ولبه والرمان وحبه . على أنه قال فى آخر كلامه : انه يجوز تخريجهما . أعنى الجوز ولبه ، والرمان وحبه ، على الخلاف . فبالجملة الرافعى غير معذور فى القياس على الحمل ، وانما يصح القياس ممن يرى الصحة .

وكلام الشافعى فى هذا الباب يدل على أن الحمل ليس له قسط من الثمن . وذلك يعضد القول بعدم الصحة فى مسألة الحمل . ويقوى الاشكال على القياس عليه . وقد يترك القياس المذكور لخفاء مأخذ الصحة فى مسألة انتفاء المعنى الذى ذكرته عن الامام فى منع البيع بغير شرط القطع ، وهو امتصاصها من ملك البائع . وهذا المعنى مفقود فيما اذا باعها معها أو نقول بأنها اذا باعها مع الشجر حصل تسليمها تاما فحصل الأمن من العامة فى يد البائع بكل من المعنيين المقتضى بطلان بيعها وحدها معقود فى بيعها مع الشجرة . فتعليل الصحة بهذا المأخذ أسلم عن الاعتراض من التعليل بالتبعية ، لما عرفت .

( فان قلت : ) ظاهر ما حكته من نص الشافعي يقتضي الصحة في بيع الدار بمسيلها وأفديتها وطرقها ، وهي غير معلومة ، وكيف يقع العقد على أماكن لم يرها العاقد ؟ ( قلت : ) يغتفر ذلك تبعاً للأساس ، والتحقيق في ذلك كله أن ما دخل في مسمى البيع وكان جزءاً فانه يجوز أن يبيعه معه كحشو الجبة والأساس وما كان خارجاً عن مسماه وليس بجزء منه ، ظاهر النص الذي حكته يقتضي الجواز فيه أيضاً ، لأن المسيل والطرق خارجة • وبه جزم القاضي أبو الطيب ، ولم يحك فيه خلافاً في شرح الفروع • فان صح ذلك فالحمل بطريق أولى من جهة أنه كالجاء ويحتمل أن يبطل فيه • وان صح في تلك تخريجا على أن الحمل لا يعلم ، ولهذا قال الشافعي في كتاب الصرف : ولا خير في أن يبيع الرجل الدابة ويشترط عقابها<sup>(١)</sup> • هذا كله اذا جعله مقصوداً بأن قال : بعثك النخلة وثمرتها ، أو الجارية وحملها • هذا ما يتعلق بالمعنى الذي أبداه القاضي أبو الطيب والمصنف •

( وأما ) ما ادعاه القاضي أبو الطيب من الاجماع فان ذلك صحيح فيما اذا كان على وجه الاستراط • كقوله : بعثك هذه النخلة بشرط أن ثمرتها لك • فان ذلك صحيح لا شك فيه للحديث • أما اذا أتى به على وجه البيع كقوله بعثك النخلة وثمرتها • فانه يجوز عندنا وعند المالكية • لكن مذهب مالك أنه لا حصاة للثمرة من الثمن • وكذلك مذهبه اذا اشتراها مشترى النخلة بعد شراء النخلة • وهو بعيد • وقال ابن حزم الظاهري : لا يجوز بيعها مع الأصول ولا فيها الا بالاستراط فقط أخذاً بظاهر لفظ الحديث • ولأوليين أن يقولوا : انه لا معنى لادخالها بالشرط الا ادخالها في البيع • والا فهي لا تدخل عند الاطلاق ومتى ادخلها في البيع بأي لفظ كان فقد صارت مبيعة مع الشجر • نعم هل تقابل بقسط من الثمن أو لا ؟ جزم الشافعي بقوله هنا بأنها تقابل بقسط • وقال في الحمل هنا : انه لا يقابل بقسط • مع أن الأصح من المذهب أنه يقابل أيضاً •

( فرع ) هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول من غير شرط القطع ، لا خلاف في المذهب فيه أعلمه • قال الرافعي

---

(١) لعله ( عقابها ) أو عقبها أي ما تخلفه من زيادات منفصلة عنها ، والله أعلم •

رحمه الله : بل لا يجوز شرط القطع . لما فيه من الحجر على الشخص في ملكه . وسبقه في ذلك صاحب التتمة . وقال : انه لو شرطه بطل ( قلت : ) يرد عليه اذا باع الثمرة ممن يملك الأصل ، فان شرط القطع فيه حجر على الشخص في ملكه يعين ما قال . ومع ذلك فقد قال الرافعي : ان الأصح عند الجمهور وجوبه . وعلى الخوارزمي المنع بأنه يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الابقاء ثم استشكله بأن ما يحمل عليه مطلق العقد من العادة بين الناس لا يصير قضية لازمة كالاطلاق يحمل على الحلول والنقد الغالب ثم لو عين نقدا لا أجلا صح . وقال ابن الرمعة : يشبه على طريقة الامام والغزالي فيما اذا شرط في بيع العبد أن لا يكسوه الا كذا أن يصح ويلغى الشرط . وههنا القبض بالتخلية بلا اشكال لأن التخلية تحصل في الأصل والثمرة مما اذا الثمرة تابعة للشجرة في التسليم ، والله أعلم .

( فرع ) اطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح يشمل ما اذا بدت من أكمامها وكانت مرئية وأما اذا لم تكن كذلك - وكذلك من وقفت على كلامهم من أصحاب أطلقوا المسألة ويشهد لذلك كلام الشافعي الذي قدمته في بيع الدار بمسيلها وطرقها ، وهي غير معلومة . لأن ذلك بيع وذلك ظاهر اذا قلنا : يجوز بيع الطلع في قشره وهو الأصح ( أما ) اذا منعناه فيحتمل أن يقال : انه يجوز أيضا تبعا . كما سقط شرط القطع . ويحتمل أن لا كما لو باعها معها بعد الصلاح .

( القسم الثالث ) اذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار بأن كان يملك أصلها ببيع متقدم أو هبة أو وصية أو كان قد أوصى له بثمرة ومات الموصى ، فملكها وبقيت الأصول للورثة . اذا باع الثمرة في هذه الصورة من مالك الأصول هل يصح من غير شرط القطع ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) يصح لما ذكره المصنف وهو الذي جزم به المصنف في التنبيه . وصححه الجرجاني والغزالي . وادعى ابن التلمساني أن الأكثرين على ترجيحه والبندنيجي أنه ظاهر المذهب لأنه لو شرط القطع لم يجب عليه أن يقطع ثمار نفسه عن أشجاره فعلى هذا لو شرط القطع بطل العقد لأنه يناق مقتضى العقد ، قاله القاضي حسين في الزروع ، واعترض على القياس الذي ذكره المصنف

بالفرق فانه اذا باع الثمرة وحدها كانت العلة المذكورة في الحديث متوقعة من أكل المال بالباطل •

(وأما ) اذا باعها مع الشجرة فعلى تقدير تلف الثمرة يرجع الى الأصل فلا يكون أكل المال بالباطل ( والثاني ) وهو الأصح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى والرويانى والشاشى وابن أبى عسرون ، والجمهور ، على ما حكاه الرافعى أنه لا يصح ، والفرق بينه وبين ما اذا جمعهما عقد واحد أن العقد اذا جمعهما كانت الثمرة تابعة معفى عن الغرر فيها كالأساس ، بخلاف ما اذا أفردت ، وقال الرويانى مع تصحيحه لهذا الوجه : ان الأول ظاهر المذهب ، وقال فى ايجابه انه أعنى أظهر القولين<sup>(١)</sup> هو القياس وفى هذا الكلام أن الخلاف قولان لا وجهان •

( فصرح ) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط كما تقدم والخوارزمى فى تعليقه<sup>(٢)</sup> ومن صرح به النووى فى المنهاج ، وأبدى ابن الرفعة فيه نظرا ، أخذنا من قول القاضى حسين : قال بعضهم : ويمكن بناء الوجهين على التعليلين فى منع بيع الثمرة قبل بدو الصلاح ان علل بالمشار اليه فى الحديث ، وهو أخذ الثمرة بتقدير التلف بغير عوض اقتضى البطلان هنا ، وان علل بأن توقع التلف قبل الجذاذ يمنع تحقيق التسليم اقتضى الصحة ، لأن التسليم متحقق ، فان الأصل فى ملك المشتري ، فلا علة لغيره فى المبيع ، وقال ابن الرفعة بعد أن ذكر عن بعضهم فى تعليل هذا الوجه أن سبب التصحيح فى بيعهما مما أن الأصل الشجر والثمار فيها ، وان ذكرت تابعة لها فلا يضر تعرض العاهة لها ، ولا كذلك اذا بيعت منفردة قال : وهذا القائل تخير أن يقول : ان التسليم لا يحصل بذلك ، والا لم يصح له ما ذكر من التوجيه وهو مستمد من قول بعض الأصحاب : ان من

---

(١) بياض بالأصل والعبارة لعلها هكذا : أظهر القولين عدم الإيجاب هو القياس • ( المطيعي )

(٢) بياض بالأصل ويمكن تقدير العبارة هكذا والخوارزمى فى تعليقه بأنه - أى المنع - يضر بمقتضى العقد ، اذ مقتضاه الإبقاء ، استشكل بان محمول مطلق العقد فى العادة لا يصير قضية لازمة ومن صرح به النووى الخ • ( المطيعي )

في يده وديعة ونحوها اذا ابتاعها ووفر الثمن لابد من النقل والتحويل ، ليحصل القبض وفارق ما اذا باع الثمرة مع النخل فان التسليم بالتخلية بينه وبين النخل شملهما •

وعن ابن الصباغ والبندنجي والمحاملي أن هذا الوجه القائل بأنه لا يصح الا بشرط القطع أقيس • وما ادعوه من القياس فيه نظر ، والله أعلم • ولنرجع الى كلام المصنف •

( قوله ) ولا يجوز بيع الثمار والزروع من غير شرط القطع شمل قسمين ، البيع بشرط التبقية المجمع على بطلانه • والبيع المطلق الذي خالفنا فيه أبو حنيفة والاستدلال بالحديث على القسمين ظاهر • وكذلك بالمعنى الذي ذكره من قوله : ولأن المبيع انما ينقل على حسب العادة الى قوله : وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز • وقد تقدم بسط ذلك وبيانه في ذكر حججنا وحجج الخصم •

( وقوله ) وان باعها بشرط القطع هو القسم الذي تكلمنا عليه ثانيا • وادعى جماعة فيه الاجماع وتقدم ما في ذلك ( وقوله ) لابد يأخذه قبل أن يتلف أى يستحق أخذه • والا فقد يتراضيان على بقاءه • وقد تقدم أنه يجوز ذلك عندنا •

( وقوله : ) وان باع الثمرة مع الأصل أى سواء كان ذلك بصيغة الشرط أم بصيغة البيع ( وقوله ) لأن حكم الغرر يسقطه • اشارة الى أن الغرر لا ينتفى • ولكن لا يكون له حكم شرعا ( وقوله ) كالغرر في الحمل يسقط حكمه اذا بيع مع الأصل ظاهر ذلك أنه يختار الصحة فيما اذا باع الجارية وحملها • وكذلك يقتضيه كلام القاضي أبى الطيب في هذا الموضع ( والأصح ) في المذهب خلافه كما تقدم •

( وقوله : ) وان باع الثمرة ممن يملك الأصل الى آخره • هو هذا القسم الثالث الذي شرحته • وقد تقدم • وسيأتى القسم الآخر الذي بقى من أقسام بيع الثمار وهو أن يكون بعد بدو الصلاح في كلام المصنف ان شاء الله تعالى •

( فرع ) اذا باع الثمرة التي لم يبد صلاحها وأطلق ، ثم

باع من مشتريها النخل بعد ذلك ، صح بيعه النخل ، ولا يصح بيع الثمرة ، بل هو مقر على بطلانه وأبدى الامام في كتاب المساقاة تخريج وجه فيه مما اذا زارعه على الأرض بين النخيل ثم ساقاه عليها انه يصح ، ويتبين بالمساقاة بعدها صحة المزارعة على بعد من استبعاده لهذا الوجه قال : فان كان لهذا الوجه صحة وثبوت فلا بد من طرده في بيع الثمار اذا تقدمت ، واستأخر عنه بيع الأشجار ، هذا ما يتعلق بمسائل الثمار ( وأما ) الزروع فقد أدرجها المصنف مع الثمار وأجراها مجرى واحدا ، والأقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزروع .

( القسم الأول ) أن يبيعها مفردة عن الأرض من غير مالك الأرض قبل الاستعداد ، فان باعها بشرط التبقية أو مطلقا بطل للحديث ، وهو قوله : « وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة » وفي الحديث الآخر : « وعن بيع الخب حتى يشد » وقياس مذهب أبي حنيفة وتجويزه البيع في الثمار مطلقا أن يجوزه في الزروع أيضا ، وان باعها بشرط القطع جاز عندنا وعند جمهور العلماء كما تقدم في الثمار وخالف سفيان الثوري وابن أبي ليلى كما خالفا هناك فقالا : لا يجوز مطلقا ، واتفق هؤلاء العلماء المشهورون وسفيان وابن أبي ليلى أيضا على أنه لا فرق في الزرع في السنبل والقصيل ، يمتنع بيع القصيل من غير شرط القطع .

وخالف ابن حزم الظاهري فجوزه تمسكا بأن النهي انما ورد عن السنبل ، قال : ولم يأت في منع بيع الزرع منذ ينبت الى أن بسنبل نص أصلا ، وروى عن أبي اسحاق الشيباني قال : سألت عكرمة عن بيع القصيل . فقال : لا بأس ، فقلت : انه سنبل فكرهه . قال : وهذا نفس قولنا . وممن ذكر حكم هذه الأحوال الثلاث مع المصنف في الزرع الماوردي والرافعي وغيرهما ولو باع القت أو القصيل بشرط أنه يرعى دوابه لا يصح . ولا يجعل هذا كشرط القطع قاله الخوارزمي .

( واعلم ) أن الأصحاب اتفقوا — فيما أعلم — على اشتراط شرط القطع في هذا القسم ، وقال الغزالي في الوسيط : ( أما ) البقل ان بيع مع الأصول فلا يشترط القطع ، وان بيع دون الأصول

ينزل على القطع ، قال ابن أبي الدم : يريد به أنه لابد من شرط القطع فيه ، قال الامام : لابد من شرط القطع فيه وهكذا قال ابن يحيى في محيطه . انه لابد من شرط القطع ، وذكره الشيخ في البسيط في الزرع الأخضر ، وهكذا ذكره الجماعة في الزرع الأخضر ، وكان يمكن أن يقال : لا يشترط اشتراط القطع في هذا ، بل متى أطلق نزل العقد على شرط القطع ، خوفا من الاختلاط ، بخلاف الثمار ، ولفظ الشيخ في الوسيط يشعر به ، لكن المنقول ما ذكرته ، هذا كلام ابن أبي الدم .

وقال ابن الرفعة : ان الأئمة الفرق بين أن يكون ذلك لم ينبه الى الحالة التي يجز فيها ، فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع . أو أن ينتهي فيجوز كما ذكرنا عن الماوردي . وعليه يحمل كلام الغزالي . لأنه ذكره عند الكلام في بيع ما بدا صلاحه فظاهر نصه في الأم يدل على ذلك . لقول الشافعي فيها : لا يجوز أن يباع القوط الا جذة واحدة عند بلوغ الجذاذ ويأخذ صاحبه في جذاه عند ابتياعه . وقال في هذه الحالة : انه اذا تركه من غير شرط في العقد أياما وقطعه ممكن في أول منها كان المشتري منه بالخيار في أن يدع الفضل الذي له بلائمن أو ينقص البيع .

( قلت ) وهذا حمل حسن . وعليه يدل كلام القاضي حسين ومراد ابن الرفعة بكلام الماوردي ما سيأتى عنه في بدو الصلاح . وأنه جعل لذلك النوع حالة اصلاح ولكن في كلام الشافعي الذي اعتضد به ابن الرفعة ما يفهم أنه اذا شرط تركه لم يصح وهو ظاهر لأنه يؤدي الى اختلاط . فان ثبت ذلك وثبت أنه لا يشترط فيه شرط القطع يكون هذا نوعا مما بدا صلاحه لا يجوز فيه شرط التبقية . ويجوز فيه شرط القطع والاطلاق . لكن يكون هذا فيما يعتاد جذه حتى يكون ذلك صلاحا فيه .

( أما ) الزرع الذي يعتاد ابقاؤه فمتى باعه بغير شرط القطع فسد . سواء كان بقلا أو قصيلا أو سنبل . ما لم يشتد . وقال الشافعي أيضا : لا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ولا يزيد . وهذا النص يحمل على ما لم يبد صلاحه ، ولا ينافي ما قاله ابن الرفعة ، وهذا القسم هو الذي نتكلم فيه هنا

( وأما ) الأول الذى يكون وصل الى حالة صلاح فسيأتى الكلام فى بيع ما بدا صلاحه ، والله أعلم •

( القسم الثانى ) أن لا يباع الزرع مع الأرض فيجوز من غير شرط القطع كما مر فى الثمار مع الأشجار ، وممن نص عليه مع المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والماوردى والمحاملى والرافعى وبقية الأصحاب والمباحث المتقدمة هناك عائدة هنا •

( تنبيه ) اطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمرة مع الأرض والشجر ، يشمل ما اذا كان الزرع لم يتسنبل بعد ، أو تسنبل ولم يشتد ، ولذلك صرح به الأصحاب ، وهو باطلانه يشمل ما اذا كان الحب الذى فى السنبل غير المشتد مرثيا كالشعير أو غير مرثى كالحنطة ، وانما فصلوا بين المرثى وغيره فيما بعد بدو الصلاح على ما سيأتى ان شاء الله تعالى فان كانت التبقية تقتضى المسامحة فى ذلك فينبغى فى الموضوعين ، والا فما الفرق وقد تقدم مثل ذلك فى الثمار أيضا •

( القسم الثالث ) اذا باع الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة من مالك الشجرة ، جزم المصنف فى التنبيه بالجواز ، وذكر هنا الوجهين ، وقد تقدم ذكرهما ، ولم أر من صرح بهذه المسألة فى الزرع غير المصنف والقاضى حسين والرويانى والجرجانى والمتولى ، ومقتضى نصه الذى نقلوه عن الرهن أيضا يدل له ، وكثير من الأصحاب يقتصرون على حكم الثمار ، وكأنهم مكتفون بذلك عن ذكر حكم الزرع ، قال القاضى حسين وغيره : فعلى قولنا : لا يحتاج الى شرط القطع لو شرط فيه القطع بطل العقد ، لأنه ينافى مقتضى العقد ، وفيه ضرر على المشتري •

( فرع ) قول المصنف هنا : اذا باع الزرع ممن يملك الأرض . وقال فى التنبيه من صاحب الأصل فظاهره أيضا أنه المالك . فلو باع الزرع من مستأجر الأرض وذلك يفرض فى صور ( منها ) اذا استأجر أرضا وزرعها وباع الزرع بشرط القطع وتراضيا على إبقائه . ثم ائتمراه البائع مطلقا ، هل يكون كالمالك ؟ أو لو كان المالك غير مستحق للمنفعة بأن كانت مستأجرة مثلا ؟ هل يستمر الحكم المذكور ؟

أو نقول : ان المالك في هذا الوقت لا يد له ولا منفعة فهو كالأجنبي ؟  
( وأما ) الثمرة فلا يمكن فيها ذلك ، لأن الشجرة لا يجوز استئجارها ،  
كما صرح به بعض الأصحاب في هذا الباب •

( فرع ) لو باع المزرع من مالك الأرض بالأرض ، فإنه يصح  
ويشترط فيه ذكر القطع ، قاله القاضي حسين وصاحب التتمة  
والخوارزمي ، وهو ينبغي أن يكون تقييدا لما تقدم من الاطلاق ، وعلى  
قياسه اذا باع الشجرة بالشجرة •

( فرع ) قد تقدمت الأحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار  
قبل بدو الصلاح ( ومنها ) ما هو مطلق ( ومنها ) ما هو وارد في النخل ،  
قال ابن عبد البر : ولا خلاف بين العلماء أن جميع الثمار داخل  
في معنى ثمر النخل ، وأنه اذا بدا صلاحه وطاب أوله حل بيعه •

( فرع ) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر ، أو  
يقطف كالحصرم والعنب • أو يجمع كالبطيخ والقثاء والخيار  
والبادنجان • وكذلك التفاح والكمثرى والخوخ والجوز واللوز والرايح •  
كلها تجزى فيها الأقسام المتقدمة والآتية في بيعها قبل بدو الصلاح  
وبعده ، ومنفردة وتابعة ، والله أعلم •

( فرع ) الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلق  
اذا اشترى ورقه فان شرط القطع جاز ، أو التبقية أو أطلق لم يجز •  
وان اشترى أصله المغروس في الأرض لم يجز • سواء قلنا : بيع الغائب  
باطل أو صحيح • لأنه لا يمكن رده الى البائع على صفته • قاله القاضي  
أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما •

( فرع ) قال القاضي حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث  
صح العقد • ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ،  
ويكون بيع الغائب وبيع المجهول ، ولو باع القصب الفارسي وما يتكرر  
قطعه حكمه الكراث • وقال في الجوز ونحوه : اذا كان في الأرض  
ويكن (١) بعضه ظاهر من الأرض فإنه يجوز بيعه كالصبرة اذا رأى

(١) كذا بالنسخة المطبوعة والعبارة غير مستساغة ولعلها : " اذا كان  
في الأرض ولم يكن بعضه ظاهرا من الأرض " • (المطبعي)

ظاهرها دون باطنها وسيأتى عن الامام أن البقول التى تتزايد لا يجوز بيعها الا بشرط القطع مطلقا . وليس لها حالة كمال بدو الصلاح .

( فرع ) قال ابن الحداد فى المولدات : باع نصف ثمرة على رؤوس النخل قبل زهو الثمرة ، فالبيع باطل لأنه لا يمكن أن يقسم . وكذلك ان باعه نصف زرعه بطلا وكذلك قاله القاضى حسين فى الزرع والرويانى فى الزرع والثمرة جميعا ، وقد ذكر هذا الفرع غير واحد من الأصحاب ، ونص عليه الشافعى فى الصلح أنه لا يجوز على نصف الزرع وذكره المزنى آخر مسألة فى كتاب الصلح . قال الرافعى وغيره : وعلوه بأن البيع والحالة هذه يفتقر الى شرط القطع . ولا يمكن قطع النصف مشاعا الا بقطع الكل فيتضرر البائع بنقصان عين المبيع فأشبهه ما اذا باع نصفا معيناً من سيف أو أسطوانة وعليها سقف دار بحيث لا يمكن تسليمها الا بهدم الدار ، فانه لا يصح العقد فيه . وقال الرافعى : وما ذكروه من أن قطع النصف لا يمكن الا بقطع الكل انما يستمر بتقدير دوام الاشاعة وامتناع القسمة .

( أما ) اذا جوزنا قسمة الثمار فى حال الرطوبة بناء على أنها افراز ، فيمكن قطع النصف من غير قطع الكل ، بأن يقسم أو لا فليكن منع القول مبني على القول بامتناع القسمة لا مطلقا ، وعلى هذا يدل كلام ابن الحداد . قال القاضى أبو الطيب : هو الصحيح ( قلت : ) قد قدمت فى باب الربا فى جواز قسمة الثمار على الأشجار أنه فى غير الرطب والعنب ، لا يجوز قطعا . وفى العنب والرطب ثلاث طرق ( أصحها ) وهى التى رجحها صاحب التهذيب والمحاملى ، أنه لا يجوز . وان قلنا : انها افراز ( والثانى ) تخريجها على القولين ( والثالث ) يجوز ، وان قلنا : انها بيع ، ومحل الطرق الثلاث على ما نبه عليه المحاملى ما بعد بدو الصلاح ( أما ) قبل بدو الصلاح فلا يجوز جزما ، وان كان كلام كثير من الأصحاب مطلقا وفتيا ابن الحداد هنا ومن وافقه صحيحة فى غير العنب والرطب جزما ، وفى الرطب والعنب اما جزما على ما قاله المحاملى ، واما على الأصح اذا جعلنا الخلاف مطلقا .

وما صححه القاضى أبو الطيب من تخريجها على الخلاف فى

القسمة - وان كان مخالفا لما قاله المحاملى - فليس فيه تصحيح للجواز ، لأنه لم يذكر هنا ، أما الأصح عنده في القسمة وقد صحح الرافعى في باب الربا أن قسمة ذلك تتبع . فيكون الأصح عنده على مقتضى ذلك أنه لا يجوز قسمتها ، وان كان في باب القسمة حكى اختلاف التصحيح في قسمة المتشابهات . وهذا كله بناء على ما أفهمه نقل الرافعى عن أبى الطيب من آخر الخلاف في ذلك . والذي ادعاه ابن أبى الدم أنه لا خلاف في البطلان . وأن ابن الحداد علله بامتناع القسمة وغلطه الأصحاب في التعليل ، وأن أبى الطيب قال : الصحيح ما علل به ابن الحداد ، وقد نص الشافعى على هذه العلة : فالتصحيح حينئذ في التعليل ولا خلاف في الحكم .

وقد قال الشافعى رضى الله عنه في باب الآجال من الأم : انه اذا كان بين القوم حائط فيه الثمر لم يبد صلاحه ، فأرادوا اقتسامه فلا يجوز قسمه بالثمرة بحال . وكذلك لو بدا صلاحها لم يجز من قبل أن للنخل والأرض حصة من الثمن ، وللثمرة حصة من الثمن . فتقع الثمرة بالثمرة مجهولة ، لا بخرص ولا تتبع ، ولا تجوز قسمته الا أن يقتسما الأصل وتكون الثمرة بينهما مشاعا ان كانت لم تبلغ ، أو كانت قد بلغت غير أنها اذا بلغت لا بأس أن يقتسما بالخرص قسما منفردا . وان أرادا أن يقتسما الثمرة مع النخل اقتسماها ببيع من البيوع ، فيقوما كل سهم بأرضه وشجره وثمره . ثم أخذ بهذا البيع لا بقرعة . واذا اختلف فكان نخلا وكرما فلا بأس أن يقسم أحدهما بالآخر وفيهما ثمرة لأنه ليس في تفاضل الثمرة بالثمرة تخالفها ربا في يد بيد انتهى . فهذا نص في امتناع القسمة قبل بدو الصلاح ، وأوله يقتضى امتناع القسمة بعد بدو الصلاح أيضا ، لكن قوله : غير أنها اذا بلغت فلا بأس أن يقتسما بالخرص قسما منفردا يقتضى جواز قسمها بعد بدو الصلاح فليتأمل .

( واعلم ) أن ابن الحداد عزل المنع في ذلك بامتناع القسمة كما رأيت ، وغلطه بعض الأصحاب في التعليل ، وقال : ليس العلة أنه لا يصح قسمتها . فان البيع لا يصح وان قلنا : قسمتها صحيحة وأن القسمة افراز . وانما لم يصح ذلك لأن اشتراط القطع لا يصح فيها ،

لأن نصفها مشاعا لا يمكن قطعه ، قال القاضي أبو الطيب :  
هذا الذي قاله هذا القائل ليس بصحيح ، والتعليل هو الذي ذكره  
ابن الحداد ، ونص الشافعي كذلك ، قال في الصلح : لو كان الزرع  
بين الرجلين وصالحه أحدهما على نصف الزرع لم يجز من قبل أن  
الزرع لا يجوز أن يقسم أخضر ، ولا يجبر شريكه على أن يقطع  
منه شيئا ، ومقتضى هذا الكلام من أبي الطيب أن علة ابن الحداد  
هي الصحيحة ، وأن القول بذلك مبني على امتناع القسمة وأن القائل  
الآخر خالفه في التعليل وعمم الحكم ، ثم قال القاضي أبو الطيب  
بعد ذلك : انه إذا قلنا : تصح قسمة الثمار صح بيعه ، لأن شرط القطع  
يصح فيه ، فيبيع نصف الثمرة أو نصف الزرع بشرط القطع ثم  
يطالبه بالقسمة في الحال فيقاسمه ثم يقطعه .

( وأما ) إذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع  
الجميع لم يصح ، لأن البائع لا يجبر على قطع ما لم يبيع ، والشرط  
فيه لا يصح ، ولا يمكن قطع المبيع منفردا ، لأنه مشاع ، وهذا  
الذي قاله القاضي بعد أن قرر أن العلة الصحيحة امتناع القسمة ،  
وأن المسألة مبنية عليها وهو صحيح ، لكن قد ثبت أن الثمار لا تصح  
قسمتها ، وكفى بهذا النص الذي في الصلح دليلا على امتناع قسمتها ،  
والله أعلم .

ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي في هذا الكلام  
الذي قاله ، ويشبه أن يكون تفريعا من عنده على مقتضى البناء  
على القسمة ، وما أفهمه نص الشافعي ، ولقائل أن يقول : ليس التمسك  
بمفهوم ذلك على إثبات خلاف في هذه المسألة بأولى من التمسك به  
على امتناع القسمة ، والجزم بامتناع البيع هنا ، وكيفما قدر  
فالمنع في هذه المسألة إما أن يكون هو الصحيح أو يكون مجزوما به ،  
وإذا نظرت إلى كلام الرافعي بمجرد ، وما قاله فيما إذا جوزنا  
قسمة الثمار الرطبة بناء على أنها افراز ، وما هكاه عن أبي الطيب  
أن تخريجها على ذلك هو الصحيح ، وفي ذهابك أن قسمة المماثلات  
افراز ، توهمت من مجموع ذلك أن الصحيح الجواز في هذه المسألة ،  
وليس كذلك بل الزرع لا يجوز جزما لأنه لا تجوز قسمة خرصا  
جزما ، والثمار غير الرطب ، والعنب كذلك ، والرطب والعنب يجري

ففيهما الخرص ، وفي قسمتهما خرصا خلاف ، المنقول عن نصه في الصرف الجواز ، وذكر الرافعي أنه الأصح تفريعا على أن القسمة افراز ، لكنه ذكر في ذلك الموضع أن الأظهر أنها بيع ، فيكون الأظهر امتناع البيع في ذلك .

والعجب من القاضي أبي الطيب ، كيف صرح هنا ببيع الزرع على قسمته ، مع أنه جزم في باب الربا أنه لا تجوز قسمة غير الرطب والعنب خرصا ، وإنما يتأتى ذلك عند من يرى أنه تجوز قسمته خرصا ، ولا أعلم أحدا صرح بذلك ، إلا أن لنا وجها ضعيفا أن الخرص يجري في غير الرطب والعنب ، فيجىء على مقتضاه خلاف في قسمة ذلك خرصا ، قال ابن الرفعة : ( فان قلت : ) الأصحاب قالوا في كتاب المساقاة : ان بيع بعض الثمار مشاعا بعد بدو الصلاح يصح ، وان لم تجزم القسمة ( قلت : ) صحيح لأن التبقية تجب على البائع ، وهي تستلزم تبقية الباقي اذا لم تجز القسمة بالخرص ، وليس فيها تغيير عين المبيع ، والله أعلم .

( فرع ) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح ، وكانت الثمار تابعة ، قاله الرافعي وغيره ، وكذا اذا باع نصف الثمرة مع جميع الشجرة . قاله الخوارزمي ، فلو شرط القطع في ذلك احتمل أن يكون اشتراطه في بيع كل الثمرة مع كل الأصل . واحتمل أن يكون أولى بالفساد . لأجل امتناع القسمة . ولو كانت الشجرة أو الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخر ، فباع نصف الثمرة من مالك النخل ، أو نصف الزرع من مالك الأرض . فوجهان مبنيان على الوجهين في اشتراط القطع : لو باع الثمرة كلها من صاحب الأصل ، قاله القاضي حسين في الزرع ، والرافعي في الثمرة ، وقد تقدم الخلاف في الأصح من الوجهين : وأن الأصح الاشتراط ، فيجىء عليه أن الأصح هنا عدم الصحة .

ولو كانت الثمار والأشجار أو الزروع والأرض مشتركة بين رجلين ، فاشتري أحدهما نصيب صاحبه من الزرع أو الثمرة لم يصح ، وقال الخوارزمي : ان اشتري نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الزرع لم يجز لا مطلقا ولا بشرط القطع على الأصح ، فأشعر

بخلاف ، ولعله الذي تقدم الكلام فيه في بيع نصف الثمرة والزرع مشاعا على قولنا : القسمة افراز ، ولو اشترى نصيب صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة ، أو نصيب صاحبه من الزرع بنصيبه من الأرض فان باعه مطلقا لم يجز ، وان كان بشرط القطع صح ، لأن جملة الثمار أو الزرع تصير للمشتري ، وجملة الشجر أو الأرض تصير للآخر ، وعلى مشتري الثمرة أو الزرع قطع الكل ، لأنه التزم بهذه المعاملة قطع النصف المشتري بالشرط ، والتزم تفريغ الأشجار والأرض لصاحبه ، وبيع الشجرة أو الأرض على أن يفرغها للمشتري جائز ، قاله القاضي حسين في الزروع ، والرافعي في الثمار ، وكذلك القاضي أبو الطيب في شرح الفروع •

ولو كانت الأشجار أو الأرض لواحد ، والثمرة أو الزرع لاثنتين ، فاشترى صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة ، أو اشترى صاحب الأرض نصيب صاحبه من الزرع بنصف الأرض ، بشرط القطع ، صح قاله الرافعي ، وان كان بغير شرط القطع ، ففيه وجهان مبنيان على اشتراط القطع اذا باع الكل من صاحب الأصل قاله القاضي حسين ، فأما اذا باع نصف الثمرة أو نصف الزرع من غير مالك الأرض فيشترط شرط القطع قولاً واحداً •

وقال الخوارزمي في الكافي : لو كان الزرع لهما والأرض لأحدهما فباع أحدهما نصيبه من الزرع البقل من صاحبه لا يجوز لا مطلقا ، ولا بشرط القطع كما لو باع من غيره ، ولو كانت الأرض لاثنتين والزرع لواحد عكس ما تقدم ، فان باع الزرع من أجنبي فالحكم واضح ، وان باعه من مالك الأرض فيخرج على الوجهين ، وان باع الكل من أحدهما لم يصح ، وان باع النصف من أحدهما يخرج على الوجهين . ان قلنا : لا يحتاج الى شرط القطع جاز ، والا فلا ، قاله القاضي حسين ، ولو كان الزرع لواحد والأرض لآخر فباع الزرع بالأرض ، فقد تقدم • ولو باع صاحب الزرع زرعه من صاحب الأرض بنصف أرضه قال في التتمة : فان قلنا : انه اذا باع الزرع من مالك الأرض بشرط القطع فالعقد صحيح ، ويشترط القطع في الكل لأن كل الزرع مبيع ( وان قلنا ) لا يعتبر فيه شرط القطع فالعقد باطل ، لأن شرط القطع في النصف مبطل للعقد ، لأن الأرض ملكه ، ولا يمكن

افراز النصف بشرط القطع فيه ، لأن النصف لا يعرف الا بالقسمة ، ولو اشترى جميع الأرض بنصف الزرع فيها ، فالعقد باطل • قاله في التتمة •

واطلاق صدر المسألة في أنه لا يجوز بيع نصف الزرع مشاعا يشمل ولو باع جميع الزرع مع نصف الأرض قال في التتمة : لا يجوز • لأن النصف الذى هو مبيع مع الأرض لا يجوز شرط القطع فيه • والنصف الذى هو مبيع دون الأرض لا بد من شرط القطع ، وشرط القطع فى النصف لا يمكن ، والله أعلم •

ولو استثنى نصف الثمرة غير المؤبرة فقد تقدم فى موضعه •

( فرع ) رأيت فى المطارحات لابن القطان أنه ان باع نصف الزرع مشاعا مع جميع الأرض جاز • فان باعه مع بعض الأرض أو دون الأرض لم يجز ، ولم يتضح لى ذلك • ولعله غلط فى النسخة •

( فرع ) فى رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح خلاف • سيأتى ان شاء الله تعالى فى موضعه ان يسر الله ذلك •

( فرع ) قال أحمد بن بشر عن نصه (١) • ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزاها قال أحمد : يشبه أن يكون بعد بدو صلاحها •

( فرع ) البطيخ له أحوال ( الحالة الأولى ) أن يبيعه مع الأرض فيستغنى عن شرط القطع • وتكون الأرض كالشجرة •

( والحالة الثانية ) أن يفرد أصول البطيخ بالبيع ، قال العراقيون والامام وغيرهم : يجوز ولا حاجة الى شرط القطع ، اذ لم يخف الاختلاط ، ثم الحمل الموجود يبقى للبائع ، وما يحدث يكون للمشتري ، قال ابن الرفعة : ولم يخرجوه على ما اذا أطلعت النخلة بعد البيع • وكان بعض ثمرتها مؤبرة حين البيع لأجل أن ذلك يعد حملا واحدا • وهذه بطون • وان خيف اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع • فان شرط فلم يتفق حتى وقع الاختلاط فطريقان سنذكرهما فى نظيره

---

(١) الضمير فى نصه يعود على نص الشافعى فى الام أو الاملاء واحمد ابن بشر هو ابن عامر المروذى القاضى أبو حامد (ط) •

ان شاء الله تعالى . ولو باع الأصول قبل خروج الحمل فلا بد من شرط القطع أو القلع كالزراع الأخضر ، فاذا شرطه ثم اتفق بقاءه حتى خرج الحمل فهو للمشتري ، قال ابن الرفعة : وفي صحة البيع نظر ، لأن مثله لا ينتفع به الانتفاع المقصود .

( الحالة الثالثة ) أن يبيع البطيخ مع أصوله منفردا عن الأرض ، فالذي قاله القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين الصحة ، وقال الامام والغزالي والمتولي : لا بد من شرط القطع ، لأن البطيخ مع أصوله متعرض للعاهة بخلاف الشجر مع الثمرة ، وذكر ابن الرفعة أن هذا من تفقه الامام وأن المنقول خلافه ، واعتمد في ذلك على فهمه لكلام جماعة من العراقيين ، والرافعي أبدى ذلك تخريجا فقال : قضية ما نقلناه في بيع الأصول وحدها اذا لم يخف الاختلاط أنه لا حاجة لشرط القطع ، فليعلم قول المصنف — بالواو — وكذلك وهذا الذي قاله الرافعي متعين ، اما أن يقال بالجواز في المسألتين أو بالمنع فيهما ، والأول أقرب الى كلام العراقيين .

( والثاني ) مقتضى كلام القاضي حسين والفوراني والامام : يلزمه الفرق بين بيع الأصول وحدها وبيع الأصول مع البطيخ ، حيث قال بالصحة في الأول ، ومنع في الثاني وكيفما قدر فالصحيح ما فهم من كلام العراقيين من اطلاق الصحة في الموضعين ، وفي كلام الشافعي في المختصر ما يمكن التمسك به في ذلك .

( الحالة الرابعة ) أن يبيع البطيخ وحده دون أصوله ، فان كان قبل بدو الصلاح لم يصح ، وان كان بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر — ان كان يخاف خروج غيره — فلا بد من شرط القطع ، فان شرط فلم يقطع ففي الانفساخ للبيع قولان يأتي نظيرهما ان شاء الله تعالى . وقال ابن الرفعة : قد يقال : ان ذلك ظاهر على قولنا : ان الاختلاط اذا حصل يبطل البيع ، أما اذا قلنا : لا يبطل فيصح هنا . والفرق بين ذلك وبين توقع التلف أن المالية هناك تذهب كما يشير اليها الخبر ولا كذلك هنا . وان كان لا يخاف خروج غيره جاز من غير شرط القطع . والباذنجان والقتاء والخيار ونحوه كالبطيخ في الأحوال المذكورة ، والله أعلم .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القطع لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ولأنه اذا جاز بيعه بشرط القطع قبل بدو الصلاح فلأن يجوز بعد بدو الصلاح أولى ويجوز بيعها مطلقا للخبر . ولأنه أمن من العاهة فجاز بيعها مطلقا كسائر الأموال ويجوز بيعها بشرط التبقية الى الجذاذ للخبر . ولأن اطلاق البيع يقتضى التبقية الى أوان الجذاذ . فاذا شرط التبقية فقد شرط ما يقتضيه الاطلاق فجاز ) .

( الشرح ) القسم الرابع من الأقسام المتقدمة . وان شئت قلت : الثانى أن يبيع الثمار بعد بدو الصلاح فانه يجوز مطلقا . وقسمه الأصحاب أيضا باعتبار شرط القطع والتبقية والاطلاق الى ثلاثة أحوال لأحكام تترتب على ذلك :

( الحالة الأولى ) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز اجماعا ، وممن ادعى الاجماع فيه الماوردى ، ومستنده اما مفهوم حديث ابن عمر وشبهه من الأحاديث المتقدمة المتضمنة النهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، فان مفهوم الغاية يقتضى جواز بيعها عند بدو الصلاح ، عند القائلين بالمفهوم ، وأما زوال الحالة المقتضية للتحريم . فيرجع الى أصل حل البيع عند من لا يقول بالمفهوم . وهذا لا بد من الاعتضاد به . فان فى التمسك بالمفهوم فى الأحوال الثلاثة بحثا من جهة أن المفهوم له عموم أو لا . قال شارح البرهان فى أصول الفقه : ان استند المفهوم الى طلب فوائد التخصيص لم يعم . وان استند الى أن ذلك من جهة اللفظ عم ، وعزى الأول الى الشافعى . لكننا قدمنا عن الشافعى ما يقتضى خلاف ذلك . فان صح ما قدمناه عن الشافعى اتجه استدلال المصنف على مذهبه فى الخبر فى الحالتين ، ولا احتياج الى الاعتضاد بالأصل المذكور والقياس الذى ذكره المصنف رحمه الله تعالى على ما قبل بدو الصلاح ، وقد تقدم الكلام فى البيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح ، والله أعلم .

وفى هذه الحالة هل اذا شرط القطع يجب ؟ قد تقدم فيما قبل بدو الصلاح أنه يجب ، ولو تراضيا على الترك جاز ، وكذلك يأتى

ههنا بطريق أولى ، قال الامام : ولا شك أن هذا يعنى جواز البيع بشرط القطع بعد بدو الصلاح مطرد في ابتياع الشجرة على شرط القطع من المغرس ، وابتياع البناء كذلك .

( الحالة الثانية ) أن يبيعها مطلقا فيجوز أيضا بلا خلاف للخبر ، وقد تقدم ما في ذلك ، وبالقيااس الذى ذكره المصنف ، قال الشافعى رضى الله عنه والأصحاب : وفي هذه الحالة للمشتري تركها الى أوان الجذاذ ، وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : يجب على المشتري قطعها في الحال بناء على أصله في أن اطلاق العقد يقتضى القطع . واطلاقه عندنا يقتضى التبقية بالعرف وبقوله صلى الله عليه وسلم في بيع الثمرة قبل بدو الصلاح : « أرأيت اذا منع الله تعالى الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » قال القاضى أبو الطيب : هذا التعليل يدل على أن بيع الثمرة مطلقا يوجب تبقيتها الى أوان البلوغ . لأنه لو وجب قطعها في الحال لم تكن تعرض للجائحة والتلف . وقال الحنفية : ان هذا كمن قال : بعثك هذا بألف ولم يتعرض لدراهم ولا لدنانير . وكانت قيمته في العرف ألف درهم . فالعرف يقتضى أن العاقد لا يشتريه بألف دينار ، ومع ذلك العقد باطل .

وأجاب أصحابنا بأن في العرف من أطلق الألف اتكالا على العرف ينسب الى الجهل . ومن اشترى ثمرة ولم يتعرض للإبقاء وطمع في الإبقاء لا ينسب الى الجهل ولا يعد مقصرا بتركه .

( الحالة الثالثة ) أن يبيعها بشرط التبقية فيصح عندنا . وبه قال محمد بن الحسن ومالك وأحمد وداود وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : لا يصح تمسكا بأن ذلك ينافى مقتضى هذا العقد الخاص للتبقية . وعن الثانى بما اذا اشترى دارا وللبائع فيها متاع فانه ينقله على حسب العادة . وتمسك المصنف وأصحابنا في ذلك بالخبر ومفهوم الغاية فيه . وقد تقدم ما في ذلك لاسيما وأبو حنيفة ينكر مفهوم الغاية . وان اعترف به بعض المنكرين للمفهوم . والتمسك بالقيااس مبنى على اقتضاء العرف لذلك ، والله عز وجل أعلم .

( فرع ) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها . ومراده بذلك أن المنع الذى كان قبل بدو الصلاح يرتفع فيجوز البيع بشروطه

المذكورة في مواضعها فالشعير يجوز بيعه لأنه مشاهد في سنبله • وكذلك كل ثمرة بارزة كالتفاح والشمش والخوخ والكمثرى ، أو زرع بارز حبه في غير كمام ، كالشعير والذرة • وكذلك ما كان مستورا بقشرة واحدة ومصلحته في بقائه فيها كالرمان والبادنجان والأرز على خلاف فيه • وأما ما عليه قشرة يتحفظ بغيرها كالقطن والسمسم والعدس • أو قشرتان أما كالفسق والبندق والجوز • وأما كالباقلاء واللوز الرطب فلا يجوز • وقد ذكر المصنف بيع الباقلاء وبيع الحنطة في سنبلها في باب ما نهى عنه من بيع الغرر • فلا حاجة إلى إعادة شرحه ، والله أعلم •

وما أشرت إليه من المعنى بقولى أن المنع الأول ارتفع ببدو الإصلاح ، جواب على تمسك الخصم بالمفهوم • وإن قلنا : أن له عموماً فإنه يقتضى ارتفاع ذلك النهى • أما ارتفاع النهى بسبب آخر فلا • كقوله : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع » انتهى إذا وضعت يرتفع النهى الذى لأجل النسب ، ويبقى النهى لأجل الأذى « حتى تغتسل » •

( فسر ) قال القاضى حسين : بيع الزرع وحده أن كان بذرا لم يصح على الصحيح ، وقصيلاً جاز بشرط القطع • أو بعد الاستداد بارزاً كان كالشعير والجاورش والدخن • أو متنبلاً في كمام فقولا بيع الغائب • فإن باع الأرض مع الزرع — فإن كان أخضر — صح بيعها • أو مشتد الحبات بارزاً فكذلك • أو مستقراً — فإن أبطلنا البيع فيه عند الانفراد — بطل ههنا فيه • وفي الأرض قولاً تفريق الصفقة ، وإن صححنا فيه فرداً ولكن نثبت خيار الرؤية فهنا قولاً الجمع بين مختلفى الحكم •

( فسر ) قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره ، كالجوز في قشره ، في قشره الأسفل ، وقد صرح الماوردى بجواز بيعه إذا بدت فيه الحلاوة ، قال ابن الرفعة : ولولا جواز بيعه في قشره لما جاز بيعه عند بدو صلاحه ويبقى إلى أن يقطع •

( فسر ) الكتان إذا بدا صلاحه ، قال ابن الرفعة : يظهر جواز بيعه ، لأن ما ينزل منه ظاهر مرئى والشائش في باطنه كالنوى في التمر

ونحوه ، لكن هذا لا يتميز في رأى العين بخلاف التمر والنوى ، والله أعلم .

( فرع ) البقل اذا بيع مع الأصول قال الغزالي : لا يشترط القطع ، فانه لا يتعرض لعاهه ، وقال صاحب التهذيب : لا يجوز بيع المقت والبقول في الأرض دون الأرض الا بشرط القلع أو القطع ، سواء كان مما يجذ مرارا أو لا يجذ الا مرة واحدة ، غير أنه اذا باع ما يجذ مرارا بشرط القطع لا يجوز قلعه ، لأنه لم يملك الأصل ، وما لم يجذ الا مرة واحدة يجوز ، وقال القاضي حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح ، ويؤمر بالقلع ، ولو باع العروق بدون الكراث لم يصح ، ويكون بيع الغائب ، ولو باع الأرض التي فيها الكراث أو الرطبة فأصولها تدخل في العقد كأصول الأشجار ، وما ظهر لا يدخل ويؤمر البائع بجذّه في الحال ، وكذلك القصب الفارسي وما يتكرر قطعه حكمه حكم الكراث .

والفرق على رأى الغزالي بين البقل حيث قال : انه لا يجوز بيعه بأصوله الا بدون شرط القطع ، وبين البطيخ حيث قال : انه لا يجوز بيعه مع أصوله الا بشرط القطع أن ما ظهر من أصول البطيخ هو الذى تتكرر ثمرته دون ما بطن من عروقه ، ولهذا اذا قطع الظاهر لم يخلف ، واذا كان كذلك فالآفة متعرضة لما ظهر من أصوله كتعرضها لنفس البطيخ ، ولهذا يؤثر فيها الحر والصقيع ونحوهما كما يؤثر في البطيخ ، فلذلك استويا في الحكم ، ولا كذلك ما يخلف من أصول البقول ونحوه ، فانه الذى في الأرض ولا يخشى عليه تلك الآفات التى تخشى على أصول البطيخ ، والله أعلم .

وان بيع البقل دون الأصول ، قال الغزالي : يدل على القطع ، يعنى لأن العرف يقتضيه ، ولا يحتاج الى شرط القطع بخلاف الزرع الأخضر ، فان العرف فيه الابقاء لو لم يشترط القطع ، ومن الناس من رأى التسوية في ذلك واعترض على الغزالي في كلامه بأن شرط القطع في ذلك ليس بواجب . قال ابن الرفعة : والأشبه أنه ان لم ينته الى الحالة التى يجذ فيها فلا يجوز بيعه الا بشرط القطع ، وان انتهى

جاز ، وعليه يحمل كلام الغزالي : وظاهر نصه في الأم يدل على ذلك .

( فرع ) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول والزرع بعد أن اشتد حبه مع الأرض نظرت - فان كانت الثمرة ظاهرة أو كان الزرع كالشعير والذرة ونحوها والقطن اذا ظهر جميعه - جاز لأنه مبيع مشاهد ، وان كانت الثمرة غير ظاهرة كالجوز واللوز والرايح في قشره وكان الحب غير ظاهر كالحنطة والبقول والحمص وما أشبهه ( فان قلنا ) يجوز بيعها مفردا جاز مع الشجر والأرض ( وان قلنا ) لا يجوز لم يصح البيع فيها لأنه مبيع مجهول مقصود في نفسه وهل يصح البيع في الشجرة والأرض يبني على القولين في تفريق الصفقة ( فان قلنا ) لا تفرق أو تفرق ولكن يجوز بالقسط بطل في الجمع ( وان قلنا ) يجوز بكل الثمن صح البيع في الشجر والأرض ، وللمشتري الخيار بين أن يمسك الأصل بجميع الثمن ، وبين أن يردده ويأخذ ما دفع وقد تقدم هذا التفصيل كله في بيع الزرع من كلام الماوردي .

( فرع ) في مذاهب العلماء . وافقنا مالك وأحمد على جواز البيع بشرط التبقية بعد بدو الصلاح . وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واحتج له بأنه بيع واجارة مجهولة فأنشبه اشتراط ترك القماش في الدار ( قلنا ) الشجرة لا تؤجر . ولا أجرة لها بخلاف الدار .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها . فان كان رطباً بأن يحمر أو يصفر وان كان عنباً أسود بأن يتموه وان كان أبيض بأن يرق ويحلو ، وان كان زرعاً بأن يشتد وان كان بطيخاً بأن يبدو فيه النضج ، وان كان قثاءً بأن يكبر بحيث يؤخذ ويؤكل ، والدليل عليه ما روى أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع العنب حتى يسود ، وعن الثمرة حتى تزهر » وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « نهى عن بيع الثمرة حتى تطعم » ) .

( الشرح ) أما حديث أنس فروى البخارى منه أن النهى عن بيع الثمرة حتى ترهى ، وفي رواية ثمر النخل ، وروى الترمذى منه النهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد ، وقال : حسن غريب لا يعرفه مرفوعا الا من حديث حماد بن سلمة ، وروى البيهقى الجميع كما ذكر المصنف ، لكن قدم ذكر الثمرة على الحب والعنب ( وأما ) حديث جابر فرواه البخارى ومسلم رحمهما الله ، ولفظهما : « عن بيع الثمرة حتى تطيب » وعندهما في رواية أخرى واللفظ للبخارى رضى الله عنه : « أن تباع الثمرة حتى تشقق ، فقليل وما تشقق ؟ قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها » وعند مسلم في رواية : « وعن بيع الثمرة حتى تطعم » كما ذكرها المصنف فاذا أردت عزو حديث جابر الذى فى الكتاب على الاطلاق قل : رواية مسلم .

وقوله : يتموه قال ابن أبى عمرو : يدور فيها الماء الحلو ، ويصفو لونها ، وقوله : يشتد أى يصلب ويقوى . وقد تقدم ذلك ، وقوله : حتى يطعم — بضم الياء وكسر العين — ويقال — بفتح العين — وضبطه ابن البدرى أنه — بفتح التاء والعين — أيضا وهى خطأ قال : معناه حتى تصير طعما ، وقيل : تبلغ حين تطعم ، وقد ورد فى الصحيح من حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض » ولا تتنافى بين هذا وبين حديث أنس المتقدم أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد ، لأن وقت اشتداده وقت مبادئ بياضه .

( أما الأحكام ) فقد اختلف الناس فى تفسير بدو الصلاح ، فروى عن ابن عمر أن « بدو الصلاح فى الثمر بطلوع الثريا » وقد تقدم ذلك فى الحديث عنه ، وحكى عن عطاء وجماعة أن بدو الصلاح أن يوجد فى الثمرة ما يؤكل قليل أو كثير ، قال ابن المنذر : وروينا ذلك عن ابن عمر وابن عباس ، وروى عن النخعى أن بدو الصلاح بقوة الثمرة واشتدادها ، وعندى أن ذلك ليس باختلاف محقق يرجع الى معنى ، وكان ابن عمر انما أطلق طلوع الثريا لأنه أوان طيب الثمرة غالبا عندهم فى ذلك الوقت ، فتباين الألفاظ عن العلماء فى ذلك لا ينبغى أن يعتمد عليه فى اثبات اختلاف ، ومذهبنا أن بدو الصلاح

يرجع الى تغير صفة في الثمرة : وذلك يختلف باختلاف الأجناس وهو على اختلافه راجع الى شئ واحد مشترك بينهما وهو طيب الأكل وفي ذلك جمع بين الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فان حديث أنس اعتبر الاستداد في الحب والاسوداد في العنب والزهو في الثمرة ، وحديث جابر دل على اعتبار الطعم في الثمرة ، وهي تشمل العنب وغيره ، فيكون اعتبار الاسوداد وشبهه لأنه وقت للطعم لا لعينه ، فلذلك قال في الحديث : حتى تطيب ، قال الأصحاب : ولا يصح ضبطه بطلوع الثريا ، لأن من البلاد ما يتأخر فيه صلاح الثمر ، أو يتقدم ، بل البلد الواحد قد يتعجل في عام ، لا استداد الحر ودوامه ، ويتأخر في آخر لا استداد البرد ودوامه ، وطلوع الثريا لا يختلف ، لأنها تطلع بعد ثمانية عشر يوما من بشنس<sup>(١)</sup> قالوا : وكذلك اعتباره بالأكل لا يصح ، لأن ثمار النخل تؤكل طلعا وبلحا ، والكرم يؤكل حصرا ، وليس ذلك صلاحا له ، ولا يصح اعتباره بالقوة ، لأن قوة الثمرة قبل صلاحها ، وإذا صلحت لانت ونضجت .

وقد أشار الشافعي رضى الله عنه الى اختلاف بدو الصلاح في أجناس الثمار بقوله : وللخربز نضج كنضج الرطب ، فإذا رأى ذلك فيه حل بيع خربزه<sup>(٢)</sup> والقضاء تؤكل صفارا طيبا ، فبدو صلاحه أن ينتهى عظمه أو عظم بعضه .

( واعترض ) عليه أبو بكر بن داود بأنه اما أن يكون الشافعي رضى الله عنه أراد أن يعلمنا أنه يحب القضاء ، فلا فائدة في ذلك . أو أن يعلمنا المحسوسات ولا يجوز أن يعلم الناس ذلك ، لأنهم يعلمونه ضرورة .

( وأجاب ) الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف لما يكون في النهاية ، وأن القضاء

١١) بشنس ، بفتح الباء والشين بعدهما نون وسين ساكنتان من الشهور القبطية وهي أدق الشهور واضبطها بالسنة للديار المصرية في الزراعة والمناخ وتقلبات الفصول .  
( الطبيعى )

٢) والخربز بكسر الخاء واسكان الراء وكسر الباء هو البطيخ عربى فصيح وقبل فارسى .  
( الطبيعى )

بخلاف ذلك . لأنه في ابتدائه وصغره طعمه كطعمه في حال كبره ؛  
بخلاف بقية الثمار ، فإنها تكون في ابتدائها حامضة أو مرة ، ثم تصير  
حلوة ، وأكثر الأصحاب لم يذكروا لبدو الصلاح ضابطا كما فعل  
المصنف ، بل جعلوه مختلفا كما اقتضاه كلام الشافعي •

قال الماوردي : وجملة الثمار على ثمانية أقسام ( أحدها )  
ما يكون بدو الصلاح فيه باللون ، وذلك في النخل بالاحمرار  
والاصفرار ، وفي الكرم بالحمرة أو السواد أو الصفار والبياض  
( وأما ) الفواكه المتلونة ( فمنها ) ما يكون صلاحه بالصفرة كالشمش  
( ومنها ) ما يكون بالبياض كالتفاح •

( قلت ) : ومحل ذلك فيما يتلون عند الادراك بلون يخالف اللون  
السابق ، وجعل القاضي أبو الطيب نوعا من التفاح يكون أخضر في  
حال كماله كما يكون في صغره ، قال : فبدو الصلاح فيه بطيب طعمه  
وحلاوته ، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد العنب الأبيض ، وما قالاه  
ظاهر •

( القسم الثاني ) ما بدو صلاحه بالطعم ، فمنه ما يكون بالحلاوة  
كقصب السكر ، ومنه ما يكون بالحموضة كالرمان ، فإذا زالت المرارة  
بالحموضة أو الحلاوة فقد بدا صلاحه •

( القسم الثالث ) ما بدو صلاحه بالنضج كالتين والبطيخ ، فإذا  
لانت صلابته بدا صلاحه ، وهذا معنى قول غير الماوردي طيب (١)  
أو الحلاوة والعبارات الثلاث متقاربة ، فإن ذلك يحصل في وقت واحد ،  
وقال صاحب التتمة لما تكلم في البطيخ : الخيار والبادنجان حكمهما  
حكم البطيخ ، إلا في شيء واحد ، وهو أن بدو الصلاح فيهما ليس  
أن يكبر ويتناهي ، لأنهما لا يؤكلان في تلك الحالة ، ولكن أن يصير

---

(١) كذا بالأصل ولعل العبارات الثلاث المشار إليها توضح لنا صحة  
السياق بما يلي وهذا معنى قول غير الماوردي • طيب الرائحة أو اللون  
أو الحلاوة • الخ • ( المطيعي )

الى الحد الذى يقصد تناوله فى تلك الحالة فى العرف والعادة . فاذا كان فى جملة الحفقة واحدة قد بلغت الحد فهو وقت اباحة بيعه •  
( الرابع ) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد ، كالبر والشعير ، فاذا بدت قوته واشتد بدا صلاحه •

( الخامس ) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء كالعلف والبقول والقصب ، فاذا تنامى طوله وامتلاؤه الى الحد الذى يجذ عليه ، بدا صلاحه ، هكذا قال الماوردى ، وسنذكر فى آخر الكلام فرعاً عن الامام فى القرط ، وما فى معناه من البقول ، يخالف ذلك ، وما قاله الماوردى أولى لما سنذكر ، ونص الشافعى يدل لما قاله الماوردى ، والماوردى فى اجازته بيع البقول اذا بدا صلاحها من غير شرط القطع تابع للصيمرى •

وقال ابن الرفعة معتذرا عن الماوردى فى ذلك : ان القصب اذا انتهى الى تلك الحال لا يبقى عرفاً ، بل العرف قطعه ، فاكتمى به كما اكتمى به فى التبقية فى الثمرة لعدم<sup>(١)</sup> وهذا الاعتذار يقتضى أن القطع واجب وانما يترك شرطه اكتفاء بالعرف فى ذلك ، قال : وفائدة ذلك أنه لو انتهى بعضه الى هذا الحال جاز بيع جميعه من غير شرط القطع ، واستحق التبقية فى الباقي الى اوان قطعه •

( السادس ) ما بدو صلاحه بالعظم والكبر كالقثاء والخيار والباذنجان •

( السابع ) ما بدو صلاحه بانشقاق كمامه كالقطن والجوز ، فاذا تشقق جوز القطن وسقطت القشرة العليا عن جوز الأكل بدا صلاحه ، ومقصود الماوردى من هذا أنه اذا تشقق بعضه جاز بيع المتشقق منه وغير المتشقق اذا نظمهما العقد وغيره كما تقدم ، وليس مراده أن يجوز بيعه قبل التشقق بشرط القطع ، لأن ذلك ممتنع لانتشاره ، وانما سبق الكلام فى المعنى الأول •

(١) بياض بالأصل ولعل السقط الشرط ، او الضرر ، او بدو الصلاح •

( الطيعى )

( الثامن ) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر ، فاذا تفتح المنضم منه وانتشر فقد بدا صلاحه ، وورق التوت بدو صلاحه أن يصير كأرجل البط ، هكذا قال عطاء والنخعي ، وجملة القول في بدو الصلاح أن تنتهي الثمرة أو بعضها الى أدنى أحوال كمالها ، هكذا كلام الماوردي الا ما في ضمنه مما حكيناه عن غيره ، وما نقله في ورق التوت يوافق ما قاله صاحب التهذيب ، فانه قال : ان بيع أوراق الفرساد قبل تناهيها لا يجوز الا بشرط القطع ، وكذلك قال القاضي حسين ، فلذلك رأى الرافعي أن يضبط حالة بدو الصلاح في هذه الأشياء بصيرورتها الى الصفة التي تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة ، وهو موافق للضابط الذي قاله الماوردي وهو أسلم من ضابط الماوردي ، فان الكمال بالمعنى المذكور في باب الربا ليس مرادا وهنا واعتبار الماوردي أدنى الأحوال أحسن من عبارة الرافعي فانه قد تكون الصفة المقصودة منه غالبا نهاية تلك الحالة أو وسطها ، ولا يعتبر في بدو الصلاح الا أولها ، فينبغي أن يزداد هذا اللفظ في كلام الرافعي ليصير الضابط أوضح مع أنه صحيح بدونها ، فان اللفظ منزل على ذلك •

وقد حكى الروياني عن القاضي أبي حامد أنه قال في جامعہ : قد قيل ورق التوت يباع اذا خرج من كمامه ، وبه يبدو صلاحه ، ثم نقل قول عطاء والنخعي المتقدم ، والله أعلم •

وقد ظهر لك بما ذكرته أن قول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها ، غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح ، اذ ليس فيه ذكر الورق ، وكلام الشافعي رحمه الله تعالى في الأم مصرح باعتبار بدو الصلاح في الحناء والكرفس والقصب ظاهر اللفظ يرد عليه القثاء ونحوه فيجب أن يقال المراد ابتداء أكله المعتاد ( فان قيل : ) البسر ليست العادة أن يؤكل في أول احمراره أو اصفراره ، بل يؤخر الى تناهيه ، ومع ذلك بدو الصلاح فيه أن يحمر ويصفر ، كما صرح به الحديث ونص الشافعي ، قال امام الحرمين : بين بدو الصلاح وبين الادراك وأوان القطاف قريب من شهرين ، يعنى فلأجل ذلك لا يشترط الغاية المطلوبة في الطيب ( فالجواب ) ما قاله الامام : فانه أورد ما الذي أوجب الفرق بين القثاء والثمار ؟ وأجابه بأن

لا فرق . فان الزهو اذا ابتدأ الناس في الأكل . وقد يعقب تأخر الملمح الى تمام الادراك .

كذلك القول في القثاء ، فان الصغار منه تبتدر ، ولكن عموم الأكل يتأخر ، والذي ينتهى صغره لا يؤكل قصدا الا أن يتفق على شذوذ ، فرجع الحاصل الى طيب الأكل وابتداء الاعتقاد فيه ، فعلمة ذلك في المتلونات التلون الى جهة الادراك ، وفيما لا يتلون القوة وجريان الحلاوة فأشار الامام الى أن الذي لا يؤكل في العادة أصلا كالقثاء في حال تنهى صغره لم يبد صلاحه . والذي يؤكل في العادة بدا صلاحه ، وللأكل في العادة مراتب ابتداء ووسط وانتهاء والمعتبر ابتداءها وهو حاصل في البسر بالاحمرار دون القثاء في صغره . وادخال المصنف الزرع في أصناف الثمر ، يشهد له قول الله تعالى : «كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ» (١) وكل ما ذكر المصنف واضح مما ذكرته الا قوله : ان صلاح العنب الأسود بأن يتموه ، والذي حكته فيما تقدم من كلام الماوردي ، وهو الموجود في كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب ، أن صلاح العنب الأسود باسوداده وفي كلام الماوردي أن الصلاح في الكرم بالتموه الى الحمرة أو السواد ، والله أعلم .

وقول المصنف رحمه الله تعالى في القثاء : حيث يؤخذ ويؤكل ، تنبيه على أن امكان الأكل موجود فيه من قبل ، ولكنه لا يؤخذ للأكل في العادة ، وفي معنى القثاء الخيار والباذنجان ، كما صرح به الروياني ، قال : وفي الرمان بالحموضة أو الحلاوة وزوال المرارة وفي الورد الانفتاح والانتشار .

( فرع ) اذا باع أوراق الفرصاد مع الأغصان — فان بلغ نهايته — جاز من غير شرط ، ثم ان كانت المقاطع معلومة فذاك ، والا بأن يترك على الشجر سنة أو أكثر لم يجز ما لم يبين موضع القطع ويعلم عليه علامة ، وكذلك اذا باع الأوراق وحدها قبل نهايتها بشرط القطع ، ولكن لا تقطع الأغصان معها ، قال ذلك القاضي حسين .

(١) الانعام : ١٤١ .

( فرع ) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز بيع ما لم يخلق منه تبعا لما خلق ، ووجب افراد العقد بالموجود ، وقال مالك : يجوز بيع ما لم يخلق تبعا لما خلق ، لأن الحادث يختلط فدعت الضرورة الى بيعه قبل وجوده تبعا ، وهى دعوى ممنوعة ، قال بعض الأصحاب : وطريق تحصيل ذلك أن يشتري هذا الشجر مع ثمرته ، وبدونها ، بشرط القطع ، ويستأجر منه الأرض سنة أو سنتين فلا يملك مطالبته بالقطع .

( فرع ) قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة مدا ، وقسم الأصحاب الاستثناء فى البيع الى أربعة أقسام :

( الأول ) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده معلوما وهذا على ضربين مشاع ومحرز ، فالمحرز : بعثك ثمرة هذه الحائط الا ثمرة هذه النخلات العشر بعينها ، فهذا جائز بالاتفاق ، والمشاع : بعثك ثمرة هذه الحائط الا ربعها صحيح أيضا ، ويكون المبيع ثلاثة أرباعها مشاعا ، وقال الأوزاعى : باطل ، لأنه بيع على شرط الشركة .

( والقسم الثانى ) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع بعده مجهولا ، وهو ضربان مشاع ومحدد فالمشاع كقوله : بعثك هذه الثمرة الا قوت سنتى أو قوت غلمانى ، باطل اتفاقا ، وما ورد من ذلك عن ابن عمر رضى الله عنه محمول على أنه كان معلوما ، والمحدد كبيع الثمرة الا عشر نخلات منها لا بعينها فهو باطل ، وقال مالك رحمه الله تعالى : ان كان قدر ثلث الثمرة فما دون جاز ، وكان له عشر نخلات وسط .

( والقسم الثالث ) أن يكون الاستثناء معلوما والمبيع بعده مجهولا ، كقوله : بعثك هذه الثمرة الا صاعا منها فهو باطل ، وقال مالك : جائز .

( والقسم الرابع ) أن يكون الاستثناء مجهولا ، والمبيع معلوما ، كقوله : بعثك من هذه الثمرة مائة صاع ، والباقى لى ، فان علما أن فيها مائة صاع فصاعدا صح ، ان أمكن كيل الثمرة ، وبطل ان لم يمكن كيلها ، ولا يصح الخرص فيها ، لأن البيع بالخرص

لا يجوز ، لأنه تخمين وحدث ، وإنما يجوز في حق المساكين لأنه مواساة ( قلت : ) الصحيح في العرايا انه لا يختص بالمساكين ، والله أعلم . وان لم يعلم أن في الثمرة مائة صاع كان البيع باطلا للجهل بوجود المبيع ، فلو كيلت من بعد ، فكانت مائة صاع فصاعدا لم يصح البيع بعد فساد ، قال ذلك الماوردي وغيره من الأصحاب ، ذكر الفرع ولكن لم يستوعبوا هذه الأقسام مبسطة كاستيعابه ، والله أعلم .

( فرع ) اذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص ألفا منها ، قال الشافعي والأصحاب : يكون الاستثناء صحيحا لأن ما يخص ألفا منها هو ربع الثمرة ، فان قال : الا ما يخص قيمة ألف منها بسعر اليوم لم يصح ، لأنه غير معلوم ، هكذا فرض القاضي أبو الطيب المسألة ، وهو غير ظاهر ، وقال الماوردي فيها : ان كان الاستثناء بسعر ما باع صح وان كان بسعر يومه لم يجز ، ومراده ما قاله أبو الطيب ، وكلام أبي الطيب أبين وأحسن .

( فرع ) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة دراهم لم يجز ، قاله الروياني ، ولو قال : بعثك قفيزا من هذه الصبرة الا مكوكا جاز ، لأنهما معلومان ، قاله الروياني .

( فرع ) قال : بعثك ثمرة هذا النخل الا النوع المعقلى ، فان شاهد المعقلى المستثنى وعلم قدره صح البيع ، وان جهلاه فسد . قاله الماوردي .

( فرع ) باع ثاة واستثنى سواقضها ، قال في الصرف : لا يصح ، وكذا اذا قال الا رأسها ويديها ، ولا فرق بين أن يكون البيع لمسافر أو لحاضر ، أو يكونا حاضرين أو مسافرين ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك في حق المسافر : يجوز ، قاله القاضي أبو الطيب .

( فرع ) باع قطنا واستثنى حبه . أو سمسما واستثنى كسبه . أو ثاة واستثنى جلدها ، كان البيع في هذا كله باطلا ، قاله الماوردي .

( فسرع ) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة المذكور في (١) ولكن يذكر هنا ما يتعلق بهذا المكان وهو أنه لو قال : بعثك الثمرة الا مقدار الزكاة يصح بشرط أن نذكر قدر الزكاة في البيع ، أهو العشر ؟ أو نصف العشر ؟ وقال مالك : يكتفى بالعلم به شرعا عن ذكره ، ورده أصحابنا ، فان أراد أن يدفع قدر الزكاة من غير تلك الثمرة ففيه وجهان ( أحدهما ) يجوز ، لأنه يحل محل البائع ( والثاني ) لا ، لأنه كالوكيل ، فان استهلك المشتري الثمرة رطباً ففيما يطلب به من حق الزكاة وجهان ( أحدهما ) العشر تمرا على الوجه الذي يجبر له دفع الزكاة من غيرها ، فيكون ذلك ضماناً لعشرها تمرا ( والثاني ) يطلب بقيمة عشرها رطباً على الوجه الذي يمنع دفع الزكاة من غيرها . فعلى هذا ان نقصت قيمة عشرها رطباً عن قيمة عشرها تمراً ففي الرجوع على البائع يفصل ما بينهما وجهان مخرجان من أن الزكاة وجبت في الذمة أو في العين ؟ فعلى الأول يرجع . وعلى الثاني لا يرجع عليه لزوال يده عن عين . قال ذلك الماوردي : ولعل ذلك مفروض فيما اذا أمر البائع المشتري بأداء الزكاة ، وكذلك قاله الروياني نقلاً عن الماوردي .

( فسرع ) الزرع الذي يخلف كالقرط وما في معناه من البقول يكون متزايداً أبداً . لا وقوف له فاذا بيع منه جذة فلا بد من شرط القطع . ولا ينظر في هذا القسم الى ما يقع في زمن المعاهدات ولا الى طيب الأكل لأجل الاختلاط . قاله الامام . وقد تقدم عن الماوردي ما يخالفه وقول الامام : انها لا تزال متزايدة يمنع فان فرض كذلك فالأمر كما قال ، كما سيأتى في كلام المصنف في بيع الثمار الذي يعلم اختلاطها .

( فسرع ) اذا اشترى الزرع الذي لا يخلف ، اما بعد بدو الصلاح ، واما قبله شرط القطع ، وقد صنفت تبقيته اما بعد بدو الصلاح واما قبله باتفاقهما ، فالزيادة التي تحصل في الزرع للمشتري بالاتفاق ، كنمو الثمرة الى وقت اتفاق القطع وليست كزيادة الزرع المخلف . قاله الامام . والزرع الذي لا يخلف لو قطع يملك المشتري ظاهره ،

( المطيعي )

(١) بياض بالاصل والسقط : ابواب الزكاة .

وعروقه المستترة بالأرض • قاله الامام ( قلت : ) فيجىء على ذلك أنه اذا حمص وكانت عروقه تضر بالأرض كالذرة ، يجب على المشتري قلعها وتسوية الحفر الحاصلة بسببها كما تقدم ، مثله اذا اشترى الأرض فانه يجب على البائع ذلك ، وان لم يضر بالأرض لم يجب كما تقدم أيضا • وسنذكر في مسألة اختلاط الرطبة عن صاحب التتمة ما يخالف ما قاله الامام هنا ان شاء الله تعالى •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان وجد بدو الصلاح في بعض الجنس من حائط جاز بيع [ ذلك ] الجنس كله في ذلك الحائط ، لانا لو قلنا : لا يجوز الا فيما بدا صلاحه فيه ، أدى الى المشقة والضرر بسوء المشاركة ، ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر وما لم يبد فيه الصلاح في ذلك الجنس من حائط آخر ، لأن المنع من ذلك لا يؤدي الى الضرر بسوء المشاركة ، فان بدا الصلاح في بعض الجنس في حائط ، فباع منه ما لم يبد فيه الصلاح مفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان ( أحدهما ) يجوز ، لانا جملناه في حكم ما بدا فيه الصلاح فجاز افراده بالبيع ( والثاني ) لا يجوز لأنه انما جعل في حكم ما بدا فيه الصلاح تبعا لما بدا فيه الصلاح ، وما أجز بيده تبعا لغيره لم يجز افراده بالبيع كالحمل ) •

( الشرح ) في هذه الجملة ثلاث مسائل ( احداها ) قال الشافعي رضى الله عنه والأصحاب : اذا بدا الصلاح في بعض الثمرة جاز بيع جميعها ، وذلك أن الله تعالى أجرى العادة بأن الثمار لا تطيب دفعة واحدة رفقا بالعباد ، فانها لو طابت دفعة واحدة لم يكمل تفكيهم بها وانما تطيب شيئا فشيئا • ولو اشترط في كل ما يباع طيبه في نفسه لكان فيه ضرر ، فان العذق الواحد يطيب بعضه دون بعض ، والى أن يطيب الأخير يتساقط الأول فكان يؤدي الى أنه اما أن لا يباع ، واما أن يباع حبة حبة • وفي كلا الأمرين حرج ومشقة وقد قال تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج » (١)

(١) الحج : ٧٨ •

وقال صلى الله عليه وسلم : « بعثت بالحنيفية السمحة » وذكر الشافعي رضي الله عنه في الأم عن عطاء في الحائط تكون فيه النخلة فتزهي . والحائط بلح : قال : حسبه اذا أكل منه فليبيع ولا أعلم بين العلماء خلافا في أنه لا يشترط الصلاح في جميع المبيع ، وإنما اختلفوا في مقدار ما يضبطونه به ، ومذهبنا أنه يكفي بدو الصلاح في نخلة واحدة ، بل في بسرة واحدة ، ولا خلاف أن غير النخل من الشجر حكمه حكم النخل .

إذا عرفت هذه الجملة فقد قال الأصحاب : إذا بدا الصلاح في بعض الثمرة دون بعض — نظر ان اختلف الجنس — لم يكن بدو الصلاح في أحد الجنسين صلاحا في الجنس الآخر ، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة ، وبدا الصلاح في أحدهما دون الآخر وجب شرط القطع في الجنس الذي لم يبد فيه ، لا خلاف في ذلك عندنا ، وقال المليث بن سعد : يجوز ، ويكون ذلك صلاحا لجميع أجناس الثمار في ذلك البلد . وان اتحد الجنس والنوع والبستان والصفقة والملك جاز البيع من غير شرط القطع بلا خلاف .

وان اختلف شيء من هذه الأشياء ففيه صور ( الأولى ) أن يختلف النوع كالمعقل والبرني . فيبيع النوع الذي بدا صلاحه ، والنوع الذي لم يبد صلاحه من جنسه في ذلك البستان صفقة واحدة ، وفيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين ، والخراسانيين ، كالوجهين في نظير ذلك في التأبير ( والأصح ) عند الرافعي التبعية ، وأن حكمه وحكم التأبير واحد ، وذلك مقتضى اطلاق المصنف رحمه الله تعالى ، وهو قول ابن خيران وأبي على الطبري على ما حكاه أبو الطيب عنهما ، وبه جزم البندنجي فيما نقل عنه ، وهو الذي نص عليه الشافعي على ما حكاه أحمد بن بشرى عن الاملاء أنه قال فيه : إذا كان في حائط برني وعجوة وصيحاني فبدا صلاح الجنس جاز بيع الجميع .

( وأما ) قوله في الصرف : فان كان نخلا وعنبا أو غيره ، وبدا صلاح صنف منه فلا يجوز أن يبيع واحدا منهما بحاله ، فلا ينافيه . فان معنى هذا أن يفرد بالبيع ، ومعنى الأول أن يبيع الأصناف جملة ،

فهذا النص المنقول عن الاملاء صريح لا يقبل التأويل . لكن القاضى  
أبا الطيب قال ان الصحيح الذى ذكره القاضى أبو حامد فى الجامع .  
ونص الشافعى عليه فى البويطى . أنه لا يكون بدو الصلاح فى النوع  
الآخر : لأنه قد نص أن الصلاح اذا بدا فى الثمرة الصيفية فإنه  
لا يكون بدوا له فى الثمرة الشتوية : فكذلك فى النوعين مثله سواء .

( قلت : ) ولا حجة فى هذا لأن الثمرة الشتوية والصيفية  
يختلفان فى الوقت اختلافا ظاهرا بعيدا والنوعان من الثمرة الواحدة  
متقاربان غالبا . نعم أن فرض نوعان أحدهما شتوى والآخر صيفى .  
فينبغى أن يكون الأمر كما قال القاضى أبو الطيب ، فانا انما نعتبر  
بدو الصلاح لكونه وقتا يغلب على الظن فيه أمنها من العاهة ، ولا شك  
أن بين صلاح الشتوية والصيفية من الزمان ما لا يوثق بذلك فيه ،  
وكلام الشافعى الذى قاله قال : وصلاح الثمرة اذا احمرت أو  
صفرت فى الحائط نخلة واحدة فقد جاز بيعه وان كان بعضه شتويا  
وبعضه صيفيا ، فلا يجوز الا أن يبيع كل واحد منهما على حباله ،  
وظاهر هذا الكلام أنه فى الجنس الواحد ، وأما حمله على الجنسين  
فبعيد .

وإذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ بأن يقال بأن بعض  
الأنواع تابع لبعض . وان كان بعضها شتويا وبعضها صيفيا . لمخالفة  
نص الشافعى . فاما أن يقال : ان ذلك شاهد ، لأن اختلاف النوع  
يؤثر فى قطع التبعية مطلقا كما قال القاضى أبو الطيب : واما أن  
يقال : انه يفرق فى الأنواع بين ما يتقارب ادراكها فيحكم فيها بالتبعية .  
وبين ما يتأخر فلا يحكم : بل لا ينظر الى اختلاف الأنواع ،  
بل الى تفاوت الزمان : حتى لو كان نوع واحد معقلى مثلا : منه ما يكون  
فى الصيف . ومنه ما يكون فى الشتاء . لا يجعل أحدهما تابعا للآخر  
فى الصلاح ، فهذا هو الأقرب لكلام الشافعى المذكور ، والمعنى والفقه  
يقتضيه كان المقصود هنا الأمن من العاهة كما تقدم التنبيه عليه .

فالقول بأن اختلاف الأنواع لا أثر له وان اختلف الزمان ،  
مخالف لنص الشافعى فى البويطى . والحاقة بالتأخير غير متجه لاختلاف  
المدرک فى التأخير . والقول بأن اختلاف الأنواع مؤثر مطلقا مخالف لنصه

المنقول عن الاملاء ، وهذا الذى قلته يحسن أن يكون وجها ثالثا ، وبه يحصل الجمع بين النصوص التى نقلت عن الشافعى : ويمكن أن يحمل كلام الشافعى فى الصيفى والشتوى على الجنسين ان لم يكن فيه ما يدفعه قال ابن أبى عصرون : وإذا كان فى البستان جنسان يتباعد ادراكهما كالصيفى والشتوى ، وبدا صلاح الصيفى ، لا يتبعه الشتوى ، والله تعالى أعلم •

ومن العجب أن ابن خيران اختار فيما اذا أبر بعض الأنواع دون بعض أن غير المؤبر لا يتبع المؤبر ، واختار أن النوع الذى لم يبد صلاحه يتبع الذى بدا صلاحه ، والقاضى أبو الطيب نقل ذلك عنه فى المسألتين ، وهو مشهور عنه فى المسألة الأولى ، وقد قدمت الفرق بين التأثير وبدو الصلاح واختلاف مأخذيها ، فلذلك لا تناقض بين كلاميه : وقال القاضى أبو الطيب : انه ومن وافقه فى مسألة بدو الصلاح استدلوا بأن هذه الأنواع تضم الى ما بدا صلاحه فى الزكاة ، فمتى وجد منها وسقان ونصف ومن هذه التى بدا صلاحها وسقان ونصف ، وجبت الزكاة ، قال : وهذا الذى ذكروه ينتقض بما نص عليه الشافعى رضى الله عنه من الثمرة الشتوية مع الصيفية ، فانها لا تتبعها فى بدو الصلاح ، وان كانت تضم اليها فى الزكاة ، فاطلاق كلام المصنف رحمه الله تعالى يقتضى أنه لا فرق بين أن يختلف النوع أو لا ، ولا فرق بين أن يختلف الزمان أو لا ، وقد علمت ما فيه ، والله أعلم •

وقول المصنف : ولا يجوز أن يبيع ما لم يبد فيه الصلاح من جنس آخر قد قدمت أن ذلك لا خلاف فيه عندنا ، وأن الليث بن سعد خالف فيه : وردوا عليه بأنه يلزمه بيع العنب قبل أن يسود ، وهو خلاف الحديث الصحيح •

( الصورة الثانية ) أن يختلف البستان كما اذا بدا الصلاح فى جنس فى بستان ، وله بستان آخر ، فيه من ذلك الجنس لم يبد فيه الصلاح ، فباعهما صفقة واحدة فالمشهور من المذهب أنه لا يصح ، وأن صلاح أحدهما لا يكون صلاحا للآخر ، وادعى القاضى أبو الطيب أنه لا خلاف فيه ، وبذلك جزم الماوردى وجميع العراقيين ، ومال

الامام الى خلاف ما قالوه ، سيما اذا لم يتباعد ، وليس بينهما الا جدار ، ولأجل ذلك أثبت الغزالي في المسئلة وجهين أخذا من تفقه الامام ، وتبعه الرافعي ، وظاهر نص الشافعي يشهد لما قاله العراقيون ، فانه قال في الأم : والحوائط تختلف بتهامة ونجد والسقيف ، فيستأخر ابار كل بلد بقدر حرها وبردها ، وما قدر الله من ابائها ، فمن باع حائطا منها لم يؤبر فثمرته للمبتاع ، وان أبر غيره لأن حكمه به لا بغيره ، ولذلك لا يباع منها شيء حتى يبدو صلاحه وان بدا صلاح غيره ، وسواء كان نخل الرجل قليلا أم كثيرا اذا كان في حظار واحدة وبقعة واحدة في غير حظار فبدا صلاح واحدة منه حل بيعه ولو كان الى جنبه حائط آخر له أو لغيره فبدا صلاح حائط غيره الذي هو الى جنبه لم يحل بيع ثمر حائطه بحلول بيع الذي الى جنبه .

هذا كلام الشافعي رضى الله عنه ، وهو صريح بعدم التبعية اذا اختلف البستان والملك وظاهر في عدم التبعية عند اختلاف البستان وحده ، وان كان قد اقتصر على قوله : حائط غيره . ففى كلامه المذكور مواضع ترشد الى اطراد الحكم في حائطه الآخر ، والله أعلم .

فاذا قلنا بالمشهور فباعها فيجب اشتراط القطع في الذي لم يبد صلاحه ، فان باعها على الاطلاق بطل فيما لم يبد صلاحه . وفي الذي بدا صلاحه قولاً تفريق الصفقة ، قاله الماوردي فأما اذا أفرد البستان الذي لم يبد صلاحه بالبيع وقد بدا الصلاح في الذي الى جانبه فقد تقدم أن كلام الرافعي رحمه الله يقتضى جريان خلاف فيه . ولم أقف عليه لغيره ، وصرح جماعة بالجزم بخلافه ، وقال الامام : انه رأى الطرق متفقة على خلافه ، وأن ذلك يشير الى ما ذكره العراقيون من اعتبار اتحاد البستان .

( الصورة الثالثة ) أن تختلف الصفقة مع اتصاد البواقي ، كما اذا بدا الصلاح في نوع فباع من ذلك النوع في ذلك البستان ما لم يبد صلاحه منفردا من غير شرط القطع ، ففيه وجهان مشهوران في طريقتي العراقيين والخراسانيين ، وبعضهم يقول : قولان ( أحدهما ) يجوز من غير شرط القطع لما ذكره المصنف ( والثاني ) وهو الصحيح

عند القاضي أبى الطيب وابن أبى عسرون والرافعى أنه لا يصح ، ورتب  
القاضى حسين هذين الوجهين على الوجهين فيما اذا جمع النوعين  
صفة واحدة ( وان قلنا ) هناك لا يستتبع فهنا أولى ، والا ففيه  
وجهان .

( فرع ) قال : بعثك هذا بكذا ، وهذا بكذا ، فالظاهر أن الحكم  
كذلك نظرا لتفصيل الثمن ، وجوز ابن الرفعة أن يأتى فيه وجه بالجزم  
بالصفة ، كما هو وجه أيضا فيما اذا قال : بعثك هذا بدرهم ،  
وأجرتك هذا بآخر ، فقال المخاطب : قبلتهما نظرا الى الجمع في  
القبول .

( الصورة الرابعة ) أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع  
والبستان ، قيل : يجوز لمن لم يبد الصلاح في ملكه لأجل اتحاد  
البستان ، فان طباعه واحدة ، وقد بدا الصلاح في ذلك النوع في  
الجملة ، أو لا يجوز نظرا اليه في نفسه ، فيه وجهان ، وقد علمت  
في الصورة الثالثة أن الصحيح عدم الصحة لأجل افراد ما لم يبد  
صلاحه بالمبيع ، والمالك الواحد ، فهنا أولى بعدم الصحة قال  
الرافعى رحمه الله تعالى : وقياس ذكر الوجهين هنا عند اتحاد  
البستان واختلاف الملك أن يكونا في التأبير كذلك ، وان لم يجر لهما  
ذكر ، والظاهر أنه لا يعتبر في الموضعين اتحاد الملك .

( الصورة الخامسة ) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي ،  
فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف في ذلك ، ولم أره لغيره ، وكيفما  
كان ، فالصحيح عدم التبعية عند تعدد البستان فعند تعدد البستان  
والنوع أولى .

( الصورة السادسة ) أن يختلف البستان والنوع والصفة ،  
فيفرد النوع الذى لم يبد صلاحه من أحد البستانين : اعتمادا على  
بدو الصلاح في النوع الآخر ، من البستان الآخر الذى لم يبد  
فمقتضى كلام الرافعى اثبات خلاف فيه أيضا ، ولم أره ، وهو في غاية  
البعد وقال الامام : انه لم يختلف علماؤنا فيه فلا يقال : الوقت وقت  
بدو الصلاح ، فتجعل الثمار المبيعة كأنها مزهية ، هذا لا قائل به ،

وكأنه أوجب للرافعى ذلك اجمال الكلام وعدم افراد كل صورة بالذكر ،  
والله أعلم •

( الصورة السابعة ) أن يختلف البستان وتعدد الصفقة مع اتحاد  
البواقي ، وقد تقدم ذكرها في آخر الصورة الثانية ، فهذه سبع  
صور ، وقبلها صورتان وإذا اتحد الجميع واختلف الجنس فتصير  
تسعا •

( واعلم ) أن الصور الممكنة من الاختلاف في ذلك ست عشرة هذه  
التسع المذكورة ، وسبع أخرى ، وهى العاشرة ( الأولى ) أن يتحد  
الجميع ( الثانية ) أن يختلف الجنس ( الثالثة ) أن يختلف النوع  
( الرابعة ) أن يختلف البستان ( الخامسة ) أن تختلف الصفقة  
( السادسة ) أن يختلف الملك ( السابعة ) أن يختلف النوع والبستان ،  
وهذه السبع تقدمت •

( الثامنة ) أن يختلف النوع والصفقة ، فيبيع صاحب البستان نوعا  
لم يبد صلاحه منفردا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر عنده ،  
وقد تقدم أن الصحيح عند تعدد الصفقة وحدها عدم التبعية ،  
فهنا أولى ولا يبعد أن يجرى فيها خلاف إذا جعلنا النوعين كالنوع  
الواحد واطلاقم يقتضى ذلك ، لكن الفورانى جزم بأنه لا يكون حكمه  
حكم المؤبر ، وكذلك يقتضيه كلام الغزالى فى البسيط ، وقد تقدم  
فى التأبير بحث فى اثبات الخلاف فينظر هناك •

( التاسعة ) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفقة ، كما إذا باع  
عن نفسه نوعا ، وعن موكله نوعا فى بستان واحد بدا صلاح أحدهما ،  
ولم يبد صلاح الآخر ، وقلنا : ان الصفقة لا تتعدد ، وفرعنا على  
أن مثل هذا مبيع فهل يصح من غير شرط القطع اعتمادا على  
ان الصفقة واحدة أو لا ، اعتمادا على تعدد الملك ؟ لم أر فيه نقلا •

( العاشرة ) أن يختلف البستان والصفقة ، فيفرد الشخص من  
بستان له بيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح فى ذلك  
النوع من بستان له آخر وقد تقدم •

( الحادية عشرة ) أن يختلف البستان والملك فيبيع شخص عن

نفسه نوعا من بستانه وعن موكله في ذلك النوع من بستان آخر ، وقد بدا الصلاح في أحدهما دون الآخر ، وفرعنا على صحة مثل هذا البيع ، فلم أر في ذلك نقلا .

( الثانية عشرة ) أن تختلف الصفقة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو الصلاح في ملك غيره من ذلك النوع في ذلك البستان ، ولم أر فيه نقلا .

( الثالثة عشرة ) أن يتحد النوع مع اختلاف الثلاثة فيفرد نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من بستان غيره فإن صح ما تقدم عن الرافي في أفراد أحد البستانين فلا يبعد أن يأتي في هذه الصورة أيضا خلاف والصحيح المنع .

( الرابعة عشرة ) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة فيبيع نوعا اعتمادا على بدو الصلاح في نوع آخر من ملك غيره في ذلك البستان ولا يبعد مجيء خلاف فيه والصحيح المنع .

( الخامسة عشرة ) أن تتحد الصفقة مع اختلاف الثلاثة .

( السادسة عشرة ) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ، ولم أر فيهما نقلا ، ولا يخفى تخريجهما على ما تقدم ، والله أعلم . والمذهب في جميع هذه الصور عدم التبعية إلا فيما إذا اتحد الجميع ، فيصح بلا خلاف ، أو اختلف النوع فقط ، وفي التصحيح خلاف كما تقدم ، وبقيّة الصور كلها لا بد من شرط القطع فيما لم يبد صلاحه أما جزما أو على المذهب ، والله أعلم .

( فائدة ) النظر في هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة ؟ أو لحرر التمييز ؟ كلام الجمهور يقتضي الأول ، ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين الثمار والزروع وأن كان كثير من الأصحاب إذا تكلموا إنما يذكرون البستان والثمار ، فليس إلا على جهة ذكر بعض أفراد المسئلة ، ومن صرح بذلك صاحب التتمة ، قال : انه إذا اشتد بعض السنابل كان كالثمار إذا بدا الصلاح في بعضها ، لكنه فرض ذلك فيما إذا تسبل جميع الحب والظاهر أن ذلك منه ليس على سبيل الاشتراط ، فانه لو تسبل بعض الحب واشتد ، وبغضه الى الآن

بقول ، فقياس المذهب أن يبيع : ويحتمل أن يقال : يجرى فيه الخلاف فيما إذا أطلع بعد البيع هل يبيع المؤبر حالة البيع •

ولو باع البطيخ على أصوله بعد بدو النضج والادراك جاز مطلقا وبشرط التبقية كالثمار ، حتى لو أدرك بطيخة واحدة من جملة الأرض التي زرع فيها البطيخ وباع الجميع جاز ، ويدخل في العقد كل ما هو موجود من ثمرة ، ويترك حتى يلتحق الصغار بالكبار ، قاله صاحب التتمة •

ولا يجوز بيع الجزر والفجل والسلق في الأرض لاستتاره وجهالته ، ويخالف الغائب لأنه لا يمكن الاطلاع عليه الا بالقطع ، وذلك عيب فيه ، قاله في التتمة وغيرها ، وقد تقدم ويصح بيع القبيط (١) في الأرض بشرط القطع ، ان لم يكن بلغ الحد الذي يقصد تناوله فيه ، وان بلغه فيجوز مطلقا ، وبشرط التبقية ، ويترك حتى تلتحق الصغار بالكبار كالخيار والباذنجان ، لأن ما هو المقصود منه ظاهر ، وانما المستتر بالأرض عروقه وهي غير مقصودة ، قاله في التتمة • والسلجم ان كان المعظم منه ظاهرا فكالقبيط ، وان كان في الأرض فكالفجل والسلق ، قاله في التتمة أيضا •

( فرع ) اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار والباذنجان وما أشبه ذلك منفردا عن الأصل — نظرت فان كان قبل بدو الصلاح فيها — لم يجوز الا بشرط القطع ، وان كان بعد بدو الصلاح في بعض الجنس جاز بيع جميع ذلك الجنس في ذلك القдах من غير شرط القطع ، لأنه في معنى ثمرة الشجرة فكان حكمه في ذلك حكمها ، قاله في الاستقصاء •

( فرع ) ولا يجوز في شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة . أو الورد وما يظهر بعد ذلك في سنته . وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك : يجوز •

---

(١) كذا في هذا الفصل مكررا وأخاله القنبيط وهو لفظ نبطي معرب ويسميه العامة الكرنبيت •  
( المطيعي )

( فرع ) لا خلاف أنه لابد من وجود الصلاح في شيء :  
وقول الغزالي : اتفقوا على أن وقت بدو الصلاح كاف ، محمول على  
ذلك ، وكذلك المراد في إقامة وقت التأخير مقام التأخير ، ونبهت على  
ذلك لئلا يتوهم من اعتبار الوقت أنه لا يشترط وجود الصلاح بعد  
حضور وقته • ولا قائل به ، وإنما أطلق الغزالي هذه العبارة • لأن  
العادة أن الوقت إذا حضر فلا بد أن يوجد في بعض ، والله أعلم •

( فرع ) إذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح  
في أحدهما قال العبدري : فإنه لا يكون صلاحا في الآخر • ويصح  
أفراد هذا بالبيع دون الآخر • لا يختلف المذهب فيه • هذا قول  
العبدري في الكفاية وذكر ذلك بيانا لحكم مثله في النخل • فإن كان  
عنده أن النخل أيضا لا يختلف فيه فهو المشهور الموافق لطريقة  
العراقيين كما تقدم ، وإن كان هذا في الزرع بخصوصه فيحتاج إلى  
فرق ، والله أعلم •

( فرع ) وقد تفهم من كلام بعض الأصحاب أن منهم من قال  
باعتبار وقت بدو الصلاح أو وقت التأخير • ويجعل ذلك بمثابة التأخير  
نفسه • ومعنى ذلك أنه إذا اتحد النوع واختلفت الصفقة أو بالعكس  
مع حصول التأخير في الجملة أما اعتبار الوقت من غير تأخير أصلا فهذا  
أم يقل به أحد من أصحابنا وكذلك في بدو الصلاح ، والله أعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى .

( إذا ابتاع زرا أو ثمرة بعد بدو الصلاح لم يكف قطعه  
قبل أو أن الحصاد والجذاذ ، لأن العادة فيها تركها إلى الحصاد  
والجذاذ ، فلم يكف نقله قبله ، كما نقول فيمن اشترى متاعا  
بالليل : أنه لا يكف نقله إلا بالنهار ، فإن احتاجت الثمرة أو  
الزرع إلى السقي لزم البائع ذلك ، لأنه يجب عليه تسليمها في  
حال الجذاذ والحصاد ، وذلك لا يحصل إلا بالسقي فلزمه ) •

( الشرح ) اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية  
إلى أوان الحصاد في الزروع . والجذاذ في الثمرة والمخالف في هذه  
المسألة أبو حنيفة رضي الله عنه : لأنه يقول : بيع الثمرة مطلقا ينزل

على القطع ، ويجب قطعها في الحال ، وقد تقدم الكلام معه قريبا ، فأغنى عن اعادته وبيننا أيضا فيما تقدم ما يعتبر من العادة وما لا يعتبر من العادة ومن جملة ما تمسكوا به مما يحسن ذكره هنا أن موجب الشرع تفريغ ملك البائع ، وأجاب أصحابنا بأن أصل التفريغ مقول به وكيفيته تتلقى من العرف بدليل ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من أن من اشترى طعاما أو متاعا بالليل لا يكلف نقله الا في النهار ، وأما السقى فجمهور جماعات الأصحاب أوجبوه على البائع وجعلوه من تمام التسليم وقطع بذلك جماعات •

وقال القاضى حسين : فيه وجهان ( أحدهما ) على المشتري لأن الثمرة له ( والثاني ) على البائع لأنه متصل بملكه ، قال : ويمكن أن يقال : فيه وجهان بناء على ما لو أصابتها جائحة بعد التسليم ( ان قلنا : ) يتلف من ضمان المشتري فالسقى عليه ، وان قلنا : من ضمان البائع فالسقى عليه •

( قلت : ) وكذلك الشاشى في الحلية حكى الوجهين في وجوب السقى على البائع وجعل أصلهما القولين في وضع الجوائح لكن المذهب الجديد أنها من ضمان المشتري والمذهب أن السقى على البائع ، وهو من جملة ما يستدل به للمقدم ، كما ستقف عليه ان شاء الله تعالى ، وقد أطلق الأصحاب وجوب السقى فينبغى أن يكون ذلك اذا باعها مطلقا أو بشرط التبقية ( أما ) اذا باعها بشرط القطع بعد الصلاح أو قبله فلا ، ويؤيد ذلك أنهم في وضع الجوائح حكوا طريقة قاطعة عن القفال فيما اذا باعها بشرط القطع أنها من ضمان المشتري ، قالوا : اذ لا يجب السقى عن البائع هنا ، فالاستدلال بهذا وعدم رده يدل على أنه محل وفاق ، لكن لنا طريقة أخرى هناك قاطعة بأنها من ضمان البائع . وطريقة وهى الأظهر عند الراعى أنها على القولين : فيحتمل أن يكون أصحاب هاتين الطريقتين يوجبون السقى أيضا وهو بعيد ، لأنه لم يلتزم له الإبقاء ، فينبغى أن تكون صورة شرط القطع مستثناة من وجوب السقى ، ويتعين القطع بهذا لأنه له المطالبة بالقطع ، فكيف نوجب عليه السقى ؟ الا أن يقال : انه يجب عليه السقى في مدة طلب القطع اذا خيف من تركه الفساد . لأنه من تنمة التسليم ، وهذا بعيد أيضا كما لو اشترى حيوانا ولم يقبضه

لا يجب على البائع في مدة طلبه بالتسليم القيام به ، ولا يجب على البائع نصب الناطور كما سيأتى التنبيه عليه في مسألة وضع الجوائح .

( فرع ) الى متى ينتهى الزمان الذى يجب فيه السقى ؟  
يجىء من مقتضى كلام القاضى حسين والامام وغيرهما ما سنحكيه في مسألة وضع الجوائح ثلاثة أوجه ( أصحها ) أنه الى أوان الجذاذ ( والثانى ) يتأخر بعد ذلك زمانا لا ينسب المشتري فيه الى توان بترك الثمار على الأشجار ( والثالث ) بنفس الجذاذ ، وهذا لم يصرحوا به في السقى ، ولم يذكره الامام وانما ذكره القاضى حسين في وضع الجوائح ، وسيأتى ذلك مبينا هناك .

( فرع ) لو شرط السقى على المشتري بطل البيع لأن السقى مجهول ، نص عليه الشافعى والأصحاب وعلة بعضهم بأن السقى مجهول ، وعن القاضى أبى حامد أنه ولو كان معلوما أبطلناه أيضا من قبل أنه بيع واجارة في أولى قولييه ( قلت : ) وهذه علة الشافعى رحمه الله تعالى ، قال الخوارزمى : والجذاذ على المشتري على الأصح ( قلت : ) وما أشار اليه من الخلاف يمكن بناؤه على الخلاف الذى سنذكره في نهاية وضع الجوائح هل هو بوقت الجذاذ أو بنفس الجذاذ ؟ ( ان قلنا ) بالأول فعلى المشتري ( وان قلنا ) بالثانى فعلى البائع لأنها لا تصير مسلمة الا به .

( فرع ) قال الشيخ أبو محمد في السلسلة : اذا اشتري ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح فتركها عليها الى أوان الجذاذ فانقطع ماء الوادى ، فان ضرر بقاء الثمرة بالشجرة لم يجبر صاحب الشجرة على ترك الثمرة عليها ، وان لم يكن على الأشجار ضرر في التبقية ولا للثمار نفع في التبقية ، ولا ضرر على الثمار بالقطع ، ولو تركت على الأشجار لم تزد على حالها ، ولو قطعت لم ينقص القطع شيئا من قيمتها فطالب البائع المشتري بقطعها ، فهل يجبر على القطع ؟ فعلى قولين ينبنيان على ما اذا أسلم في شيء الى أجل معلوم ، فجاء به قبل المحل ، وليس في قبضة مزية ، فهل يجبر على قبوله ؟ فعلى قولين :

( فان قلنا : ) لا يجبر على القبول فلا يجبر المشتري على قطع الثمرة هنا ، والا فيجبر . وهذا محمول على ما اذا حصلت هذه الحالة قبل أوان الجذاذ . وعلى ما اذا علم عدم عود الماء وعدم

الانتفاع بالماء ( أما ) اذا توقع النفع فلا يجبر المشتري على القطع ومن هنا أيضا نأخذ أن مجرد انقطاع من غير حصول عيب ولا ضرر لا يثبت خيارا للمشتري ، وان ما سيأتى من كلام الصيدلانى فى ذلك محمول على ما اذا كان الانقطاع يحصل به ضرر ، وقد تقدم من كلام الامام فيما اذا باع أصلا وعليه ثمرة للبائع .

( فرع ) قريب من هذا فيما اذا أصابت الثمار آفة بحيث لا نمو أو لا هائدة فى تبقيتها ، هل للبائع تبقيتها ؟ .

( فرع ) باع الجمد فى الجمد ، وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما صح ، ويسلم بحسب الامكان ، وفيه وجه أنه يلزمه تسليمه على العادة بأخذ الجمد منه ، كل يوم وقرا أو وقرين أو ثلاثة . قال القاضى حسين : ( والصحيح ) الأول . وقاسه على الدار والسفينة المشحونتين ، وقال الخوارزمى : ( الأصح ) عندى أنه لا يجب تفريغها فى الحال ، بل على مر الأيام عادة تفريغ المجامد فعلى ما قاله القاضى حسين قد يورد هذا الفرع اعتراضا على كلام المصنف ، قال القاضى : وكذلك من اشترى حمل حطب فانه يجب تسليمه فى موضع البيع . ولا يلزمه حمله الى بيته . وان كانت العادة قد تقضى بذلك .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( واذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة اخرى واختلطت ولم تتميز ، او اشترى حنطة فلم يقبض حتى انثالت عليها حنطة اخرى ففيه قولان ( أحدهما ) يفسخ البيع ، وهو الصحيح لأنه تعذر التسليم المستحق بالعقد ، فان البائع لا يلزمه تسليم ما اختلط به من ماله ، فان رضى البائع بتسليم ماله لم يلزم المشتري قبوله ، واذا تعذر تسليم المعقود عليه بطل العقد كما لو تلف المبيع ( والثانى ) لا يفسخ ، لأن المبيع باق ، وانما انضاف اليه زيادة فصار كما لو باع عبدا فسمن ، أو شجرة فكبرت . فان قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقوقك أقر العقد . وان لم تسمح فسخ العقد ) .

( الشرح ) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار . والحق به ما فى معناه من اختلاط المبيع بغيره . وذلك على مراتب ( المرتبة الأولى ) وعليها اقتصر فى هذه القطعة من كلام المصنف . أن تكون

الثمرة مبيعة فتختلط بغيرها . وذلك اما فيما يحمل حملين ،  
واما فيما يحمل حملا واحدا وكان قد اشترى ما ظهر منها . أما  
بعد بدو الصلاح مطلقا أو قبله بشرط القطع - ولم يتفق القطع -  
نم حدثت ثمرة أخرى فان الثمرة الحادثة لصاحب الأصل ، فاذا  
كان ذلك قبل أن يلقط المشتري ثمره واختلطت الحادثة بالثمرة  
المبيعة . فان كانت تتميز بالكبر والصغر أو نحوهما . فان للمشتري  
المتقدمة وللبائع الحادثة . نص عليه الشافعي والأصحاب رضى الله  
عنهم من العراقيين والخراسانيين .

وان لم تتميز ، أو اشترى حنطة فلم تقبض حتى انثالت عليها  
حنطة أخرى . وكانت كل واحدة منهما غير معلومة القدر أو ما أشبه  
ذلك ، ففيه قولان . اتفقت الطرق على حكايتهما ( أحدهما ) ينفسخ  
البيع ، لما ذكره المصنف والمراد بالتسليم المستحق ما يجبر البائع  
عليه ، وأما التسليم في ضمن الجميع فلا يجبر البائع عليه ، ولو سمح  
به لا يجبر المشتري على قبولها كما لا يجبر على قبض ما اشترى ،  
وعين أخرى . واذا ثبت أن المشتري لا يجبر المبتاع على القبض نقول :  
البيع باطل ، وهذا القول منقول عن نصه في الأم والاملاء على  
مسائل مالك رحمه الله ، فلو قال البائع : انما أسمح بحقي فلا أثر  
لذلك على هذا القول ( والقول الثاني ) نقله الربيع وهو اختيار المزني :  
انه لا ينفسخ ، وقال الغزالي والرافعي في المحرر : انه الأظهر .  
وكذلك الجرجاني ، لما ذكره المصنف ولأن الاختلاط بمنزلة العيب ،  
فاذا سمح البائع بتسليمه كان كزوال العيب فيسقط خيار المشتري .

قال هؤلاء : والتسليم غير متعذر ، فانه يقبضه أكمل ما كان ،  
كما لو أسلم في طعام جيد فأعطى أجود مما ذكره : وأردأ منه ، ومع  
ذلك يجب على المسلم قبوله وانما لا يجب التسليم في العين المضومة  
الى المبيع اذا كانت متميزة يمكن التسليم على الانفراد : وقد قال  
المصنف رحمه الله : ان الصحيح الأول . وكذلك قال القاضي أبو الطيب  
والشاشي وابن أبي عصرون ، وعن صاحب التقريب حكاية قول ثالث  
أن العقد لا ينفسخ ولا خيار ، ويجعل الاختلاط قبل القبض كالاختلاط  
بعده . واستبعده الامام ، وحكاه الجوري عن أبي سلمة والروزي ،  
وحكى الروياني طريقة أنه في مسألة الحنطة قبل القبض يبطل البيع

قولا واحدا ، لأن الشافعى جعلها دليل أحد القولين في اختلاط الثمار  
قال : وهذا أوضح .

( واعلم ) أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضى أن التسليم  
لم يوجد ، ومن المعلوم أن القبض في الثمار بالتخلية ، لكن وإن  
قلنا قبضها بالتخلية فليس ذلك بقبض تام ، فإن البائع يجب عليه سقيها  
على المشهور من المذهب ، فالتسليم التام إنما هو حين الجذاذ ،  
وشبه جماعة من الأصحاب رضى البائع بترك حقه بالاعتراض عن النعل  
فيما إذا اشترى دابة ونعلها ، ثم اطلع على عيب قال الامام : ومسألة  
النعل ليست خالية عن خلاف ، وهذه التى نحن فيها أولى بالخلاف  
من تلك ، فإن الزام المشتري بطوق منة البائع فيه بعد . وفى هبة  
المجهول غوائل . فالمسألة اذن مختلف فيها فإن أجبرنا المشتري سقط  
خياره والا فهو على تخيره .

وقد حكى الرويانى فيما إذا انثالت حنطة على الحنطة المبيعة ،  
وسلم البائع الكل الى المشتري وجهين في اجبار المشتري على القبول .  
وفيه تصريح بمساعدة الامام ، لكنه لم يحك خلافا في مسألة الثمرة .  
ومع حكايته الوجهين في الاجبار في مسألة الحنطة قال : انه لا خيار  
للمشتري . وهذا كلام متيح . والصواب أنا اذا لم نجبر المشتري  
على القبول فخياره باق ، وانه لا فرق في ذلك بين الثمار والحنطة .  
وقد صرح الامام في باب الخراج بالضمان بالوجهين في الاجبار في  
هبة الضمان . وقال : ان الأقيس عدم الاجبار على القبول . وحكى  
الرافعى رحمه الله تعالى الوجهين هنا ، وقال : ان الأصح سقوط خيار  
المشتري كما في مسألة النعل .

وقول المصنف في الثمرة : فلم يأخذ . وفى الحنطة : فلم يقبض .  
له معنى أنه عليه عن قرب . وقوله : حتى انثالت عليها حنطة أخرى  
هو باطلاته شامل لما اذا كانا معلومى القدر أو لا . لكن صورة  
المسألة فيما اذا لم يكونا معلومى القدر على ما سيأتى التنبيه  
عليه في فرع عن الماوردى . وقول المصنف رحمه الله تعالى : فإن  
قلنا : لا يفسخ . قلنا للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وأجبرنا  
المشتري على القبول . كذلك صرح به الأصحاب الشيخ أبو حامد  
والقاضى أبو الطيب وغيرهما . وقد تقدم عن الامام ما فيه .

( وقوله : ) وان لم يسمح البائع فسخ العقد . أى يفسخه الحاكم بينهما . كذلك صرح به الأصحاب . منهم الماوردى والقاضى أبو الطيب . ولا يقال للمشتري ههنا : أنكر تسليم المبيع والثمن جميعا الى البائع ، لئلا يفوز البائع بالعوض والمعوض وما ذكره المصنف من الفسخ عند امتناع البائع كالماتفق عليه بين الأصحاب على هذا القول وفى تعليق القاضى حسين أنه يفصل الخصومة بينهما بالتداعى . وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التقريب .

( فرع ) لو انثال على الحنطة المبيعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح وهما مالان اختلطا ، فان اصطلاحا على شيء كان القول قول من الشيء فى يده فى قدر ما لصاحبه . قال أبو اسحاق : وصورته أن يكون المشتري ترك الطعام وديعة عنده فاختلط . وأما فى مسألة الثمرة فالقولان جاريان ، سواء اختلطت الحادثة بالخارجة بعد القبض بالتخلية أم قبله . وقال المزنى رحمه الله تعالى : انما القولان فى المسألتين قبل القبض . فان كان بعد القبض فالبيع صحيح فيهما قولا واحدا ، وغلظه الشيخ أبو حامد ، وفرق هو والأصحاب بأن الطعام اذا قبض استقر العقد والثمرة — ان قلنا بالقول الجديد : انها من ضمانه — فان كمال القبض فيها على البائع ، بدليل أن عليه السقى ، وبدليل أنها لو عطشت كان للمشتري الخيار .

( قلت : ) ولهذا المعنى قال المصنف فى الثمرة ، فلم يأخذ ، وفى الحنطة : فلم يقبض ، فلم يأت فى الثمرة بلفظ القبض ، بل بلفظ الأخذ ، والمراد به أخذها من على الشجرة ، وأما القبض فمتقدم على ذلك وان اختلطت الثمار بعد الجذاذ أو فى الجرين ، أو غيره لم يفسخ قولا واحدا ، وانما القولان بعد التخلية ، لأن القبض لم يستقر . ألا ترى أن الثمرة اذا عطشت ولم يتمكن البائع من السقى كان للمشتري ردها بالعيب ، قاله القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا منهم بناء على الصحيح المشهور أنه يجب على البائع السقى ، وقد حكى القاضى حسين — رحمه الله — فيه وجهين ، وبناهما على أن الحاجة من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، وهو غريب فى النقل . ومثله فى الغرابة ما ارتضاه الامام والغزالي من أن الاختلاط فى الثمار بعد التخلية مبنى على وضع الجوائح .

( فان قلنا ) توضع كما كان قبل القبض ، والا فيتفصلان بالخصومة أو الاصلاح ، فعلى ذلك لا يأتي على الجديد الا أن البيع صحيح قولاً واحداً كما ذهب إليه المزني ، وهو خلاف ما أطبق عليه العراقيون ، فقد تلخص في اختلاط الثمار أنه ان كان قبل التخلية جرى القولان باتفاق الطرق وقياس الطريقة التي قالها الروياني في الحنطة أن يقال هنا : انه يبطل قولاً واحداً . وان كان بعد الجذاذ فالبيع صحيح قطعاً وان كان بعد التخلية وقبل الأخذ فالمشهور وهو طريقة العراقيين جريان القولين قبل التخلية ، واختار المزني والامام والغزالي على الجديد أنه كما بعد الجذاذ ، فالمنصف حينئذ جرى على طريقة العراقيين وهي الصحيحة ومن اختارها القاضي حسين من الخراسانيين ، وقد أغرب المتولي فحكى في كتاب الرهن أنه لا فرق في جريان القولين في مسألة الحنطة بين ما قبل القبض وبعده ، وهذا ضعيف جداً ، ويلزمه طرد ذلك في الثمار بعد الجذاذ .

( فرع ) لو باع الحنطة منه مكيالة وسلمها إليه جزأها ثم اختلطت بحنطة للبائع ، قال القاضي حسين : يخرج على القولين .

( فائدة ) اذا انتهى الأمر الى الخصومة وقبول قول ذي اليد قال الامام : سبيله في الخصومة أن لا يتمرض للبيع ، فانه اذا ادعى بيما في الصاعين فسينكره البائع ثم يرجع الى اختلاف المتبايعين في قدر المبيع .

( فرع ) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع أو للمشتري أو لهما ؟ ثلاثة أوجه نقلها الامام . قال ابن أبي الدم : ومقتضاه أنا متى جملنا الثمار في يد واحد فالقول قوله ( وان قلنا : ) انها في يدهما فلم يذكر الامام ولا الغزالي ما يقتضيه هذا الوجه . ومقتضاه أن يقسم القدر المتنازع بينهما نصفين : ولكل منهما تحليف صاحبه ، وفي كفيته وجهان كالوجهين في عين في يد رجلين كل منهما يدعى جميعها ( أحدهما ) يحلف على استحقاقه النصف الذي يسلم إليه ( والثاني ) على استحقاقه الكل والأول أصح . وهذه المسألة مذكورة في الدعاوى .

( فرع ) نغد تقدم حكاية الخلاف فى الصحيح فى هذه المسألة :  
وأن الغزالى والرافعى قالا : ان الأظهر عدم الانفساخ وفيه نظر ،  
لأنهما يوافقان على أنه لو باع الثمرة التى يغلب تلاحقها أن البيع  
لا يصح فان كان التلاحق الطارىء غير مانع من التسليم بل هو عيب ،  
فينبغى أن لا يبطل فى صورة العلم بطريانه ، وان كان مانعا من التسليم  
فينبغى اذا طرأ قبل القبض أن يفسخ العقد كتلف المبيع .

( فرع ) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع :  
ان سمحت بحقك أقر العقد كما قال المصنف ، وهكذا هو فى مختصر  
المزنى ، وقال : ان البائع بالخيار ، والغزالى والرافعى لم يذكر  
ذلك ، وانما قالا : انه يثبت للمشتري الخيار ، قال الرافعى : فان  
قال البائع : أسمح ففى سقوط خيار المشتري وجهان ، والمفهوم من  
اثبات الخيار للمشتري أنه اذا لم يسمح البائع ، فالمشتري يفسخ ،  
وقد قدمت عن أبى الطيب وغيره أن الفاسخ هو الحاكم ، وأيضا قياس  
قول الرافعى : ان ذلك من باب العيوب ، فيكون على الفور الا أن  
يسقطه البائع بترك حقه ، فلو لم يفعل وأخر المشتري الفسخ سقط  
حقه ، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب .

( فائدة ) قال الامام : ولو آتروا — والاختلاط بعد القبض —  
بالالتباس . ورضيا بأن لا يفسخ العقد ، رجع الكلام الى الوقف  
والاصطلاح . فقوله : ورضيا بأن لا يفسخ العقد لا حاجة اليه .  
لأنه ان كان بعد القبض التام فلا خيار ولا يفسخ ، وان كان بعد القبض  
بالتخلية فعنده كذلك ، وانما يأتى هذا الكلام عند الأصحاب على  
أحد القولين بعد التخلية اذا قلنا بعدم الانفساخ : فحينئذ اذا رضى  
بأن لا يفسخ العقد يرجع الأمر الى الاصطلاح كما بعد القبض .

( فرع ) هكذا الحكم فى بيع الباذنجان فى شجره اذا بلغ  
نهيته لم يحتج الى شرط القطع ، ولو كان البعض صغارا والبعض  
كبارا فإنه يترك حتى يتلاحق . فان كان الكل صغارا لم يجز الا بشرط  
القطع . فلو باع فى الحالتين ثم ظهر شيء آخر واختلط بالمبيع جرى  
القولان . وكذلك الخربز وهو البطيخ وهكذا القثاء والخيار ، وكل  
ما له حمل بعد حمل ، على ما ذكره المزنى والأصحاب ، فلو كان  
المبيع شجر الباذنجان فسيأتى فى الفصل الذى بعد هذا .

( فرع ) فيه تنبيه على تقييد كلام المصنف ، لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض : وكان أحدهما معلوم القدر ، وذلك بأحد ثلاثة أوجه ( اما ) أن يكون كل منهما معلوم الكيل ( واما ) أن يكون المبيع منهما معلوما ، فيعلم بعد استيفاء كيل المبيع قدر ما ليس بمبيع ( واما ) أن يكون غير المبيع معلوما فيعلم بعد استيفاء كيل ما ليس بمبيع قدر المبيع . فإذا كان المبيع معلوم القدر بأحد هذه الوجوه الثلاثة فقد صار مختلط العين متميز القدر ، وتميز القدر يمنع من الجهل ، وهو أقوى المقصودين : فصح البيع واختلاط العين مغير للصفة مع تفاوت الأجزاء . فصار عيبا يوجب الخيار . فوجب أن يكون البيع جائزا : وللمشتري الخيار ، فان فسخ رجع بالثمن ، وان أقام صار شريكا للبائع على قدر الحصتين .

وان كان الطعامان متماثلتي القيمة تقاسما كيلا ، وان كان مختلف القيمة بيع ، وكانا شريكين في ثمنه على قدر قيمة الطعامين الا أن يتراضيا بقسمة ذلك كيلا ، على الحصص دون القيمة فيجوز . ذكر هذا الفرع بكماله الماوردي ، وهو ينبه على أن محل جريان الخلاف في الانفساخ : انما يكون عند الجهل بالمقدار . ولذلك قيدت كلام المصنف : فانه مطلق : والله أعلم . وكذلك كلام كثير من المصنفين وأما الثمار فلا تكون الا مجهولة المقدار ، والله أعلم .

( فرع ) قد تقدم أنه اذا كان اختلاط الطعام بعد القبض لا يفسخ العقد ، والعقد صحيح بحاله ، وكذلك الثمرة اذا كان بعد الجذاذ ، فان كان قدر الطعام أو الثمرة معلوما بأحد الأوجه التي مضت تقاسما على ما تقدم ، وان كان قدر الطعام مجهولا والفرض أنه بعد القبض فلا يفسخ العقد ، وان تراضيا على شيء واتفقا عليه جاز ، واقتسما على ذلك . وان اختلفا فان كانت صبرة المشتري قد انثالت على صبرة البائع فالقول قول البائع في قدر ما له مع يمينه ، لأن اليد له . وان كانت صبرة البائع انثالت على صبرة المشتري فالقول قول المشتري في قدر ماله من مال البائع مع يمينه وقال المزني : القول قول البائع . لأن يده قد كانت على الطعامين معا . وكان أعرف بقدرهما من المشتري المستحدث اليد .

قال الماوردي : وهذا خطأ . لأن ما وجب اعتبار اليد فيه كانت اليد الثانية أولى أن تكون معتبرة من اليد المرتفعة كسائر الحقوق ( قلت : ) والصواب ما قاله الماوردي وقد قاله غيره وتقدم ذلك مختصرا . وليس من لازم التصوير الذي أطلقه المزني أن تكون اليد للبائع . فقد تكون صبرته في يد غيره ، والله أعلم .

( فرع ) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن قصد كان الحكم كذلك كما يقتضيه لفظ الشافعي رضي الله عنه في الأم .

( فرع ) قال القاضي حسين : ان القولين في الانفساخ في مسألة اختلاط الثمار المبيعة بغيرها يتبنيان على تلف المبيع في يد البائع قبل القبض ، لا خلاف أنه ينفسخ العقد ولأى معنى ينفسخ ؟ فيه معنيان ( أحدهما ) لتعذر التسليم ( والثاني ) لوقوع اليأس عن التسليم ( ان قلنا ) بالأول انفسخ العقد وهنا ( والا ) فلا ، لأنه يمكنه تسليم الكل . قال : ويخرج على هذين المعنيين مسائل ( منها ) اذا باع درة ووقعت قبل القبض في لجة البحر ينفسخ العقد لوجود المعنيين . وان وقعت في واد ، ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا ( ومنها ) لو باع عصفورا ثم اختلط بعصافير البائع قبل القبض ، أو حنطة فانثالت عليها حنطة أخرى للبائع . ان قلنا بالأول انفسخ والا فلا ( ومنها ) اذا باع عبدا فأبق قبل القبض ، عامة أصحابنا على أن البيع لا ينفسخ . وقال أبو يعقوب الأبيوري : كل ينفسخ ، قال القاضي : ويمكن تخريجه على المعنيين . وكذا لو نهبه التركمان أو غاروا عليه قبل القبض .

( قلت : ) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها لا يظهر فرق بين تعذر التسليم وبين اليأس منه . فانه ان أريد به تسليم المبيع وحده متميزا فهو متعذر ، ومايوس منه . وان أريد تسليمه في الجملة فليس بمتعذر ولا مايوس منه ( وأما ) مسألة العصفور فقد قال الروياني في البحر : انه لو باع شاة فاختلطت بقطيع لا تتميز فالمذهب أنه يبطل البيع . قال : وتنفارق الحنطة لأن هناك الاثاعة لم تمنع البيع ، وهنا الاشتباه مانع من العقد . وقيل : لا يبطل لأنه يمكنه التسليم بأن يقبض الكل ويكون حكمه حكم من اختلطت

ثأته بقضيح لانسآن . قال : وهذا لا يصح لأن الشرط في القبض أن يتسلط به على المقبوض . ويتمكن من التصرف وهذا لا يوجد بقبض الجملة .

( قلت : ) قوله : المذهب أنه يبطل البيع ، ان أراد الترجيح في الجملة ، فالحنطة والثمرة كذلك ، وان أراد أنه يبطل قطعاً بخلاف الحنطة والثمرة لما لحظه من معنى الاشاعة والاشتباه فقد يقال : ان ذلك لا يستقيم ، لأن الخلط هنا لو اقتضى الاشاعة كما يقوله في باب الفلس وغيره لكان المذهب هنا أنه لا يفسخ العقد بالاختلاط ، لأن المذهب هناك أنه يصير مشتركا ، وأيضا فكان يفصل هنا بين أن يكون الخلط بالمثل والأردأ أو بالوجود ، كما هو مفصل هناك ، لكن المذهب هنا أنه يفسخ العقد ، ولم يفصل أحد بين أن يكون الخلط بالأجود أو بالمثل ، فدل على الفرق بين البابين وأن الخلط انما يقتضى الاشاعة اذا كان بعد القبض ، أما قبل القبض كمسألتنا هذه فالملك غير مستقر ، فيتأثر بالخلط ولا يحكم بالاشاعة .

وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلس أن البائع لا يرجع في المبيع اذا خلط مطلقا وهو مؤيد هناك بمسألة الاختلاط هنا والمذهب هناك خلافه وفرقوا بينهما بما ذكرناه ، ولو كان قول الاشاعة ملاحظا في مسألة اختلاط الثمرة والحنطة ، لكننا نقسم ذلك بين البائع والمشتري ، ولم يقل به أحد هنا فيما أعلم ، وانما القائل بعدم الانفاسخ يقول بالتخيير ، نعم معنى الاشاعة يجب أن يلاحظ اذا كان الاختلاط بعد القبض في الحنطة وبعد الجذاذ في الثمرة ، وكذلك على القول الذي حكاه الامام عن صاحب التقريب ، وان كان لم يتعرض للاشاعة ، ولا ينافي ذلك ما تقدم عن الأصحاب من فصل الخصومة ، لأن ذلك معرفة المقدار وبعد معرفة المقدار الذي لكل منهما يصير مشتركا كما تقدم عن المساوردي فيما اذا كان المقدار معلوما ، ويصير حكمه حكم الاختلاط المذكور في غير ذلك من الأبواب ، وفي المثليات بحكم الاشاعة على ما سنذكره ان شاء الله تعالى في باب الفلس والغصب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذه حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز ، ففيه طريقتان ، قال أبو على ابن خيران وأبو على الطبري لا يفسخ العقد قولا واحدا ، بل يقال : أن سمح أحدهما بترك حقه من الثمرة أقر العقد لأن المبيع هو الشجر ولم يختلط الشجر بغيره وإنما اختلط ما عليها من الثمرة والثمرة غير جبيصة فلم يفسخ البيع كما لو اشترى دارا وفيها طعام للبائع وطعام للمشتري ، فاختلط أحد الطعامين بالآخر فإن البيع لا يفسخ في الدار قال المزني وأكثر أصحابنا : أنها على قولين كالمسألة قبلها لأن المقصود بالشجر هو الثمرة فكان اختلاطها كاختلاط المبيع . وان اشترى رطبة بشرط القطع فلم يقطع حتى زادت وطالت ففيه طريقتان ( أحدهما ) أنه لا يبطل البيع قولا واحدا بل يقال للبائع : أن سمحت بحقك أقر العقد وان لم تسمح ففسخ العقد لأنه لم يختلط المبيع بغيره ، وإنما زاد المبيع في نفسه فصار كما لو اشترى عبدا صغيرا فكبر أو هزلا ففسمن ( الثاني ) وهو الصحيح أنه على قولين ( أحدهما ) لا يفسخ البيع ( والثاني ) يفسخ ويخالف السمن والكبر في العبد فإن تلك الزيادة لا حكم لها ولهذا يجبر البائع على تسليم [ العبد ] (١) مع السمن والكبر ولهذه الزيادة حكم ، ولهذا لا يجبر البائع على تسليمها فدل على الفرق بينهما ) .

( الشرح ) فيه مسألتان هما من بقية المراتب التي تقدم التنبيه عليها من مسائل الاختلاط ( أحدهما ) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة وعلى الشجرة المبيعة أو الداخلة في البيع من الثمرة حمل . إذا اشترى شجرة وعليها حمل للبائع بأن كان مؤبرا أو ما في معناه فلم يأخذها البائع حتى حدث حمل للمشتري واختلطت ولم تتميز وذلك إنما يكون فيما يحمل حملين ، أما ما يحمل مرة في العام فقد تقدم أنه متى كان على النخلة شيء مؤبر كان جميع ثمرة

(١) في شوق ما بين المعقوفين ( العقد ) والصواب ما هنا ( ط ) .

ذلك العام للبائع . اذا عرف ذلك قال الأصحاب : فان كان الحمل الحادث يتميز عن الأول كان الحمل الموجود حال العقد للبائع ، والحمل الحادث للمشتري لأنه حدث في ملكه وان لم يتميز فقد نقل المبنى عن الشافعى قولين كما تقدم في المرتبة الأولى واختلف الأصحاب في ذلك على طريقتين كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى .

( احدهما ) طريقة ابن خيران وأبى على الطبرى في الانفصاح القطع بعدم الانفساخ . ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن خيران أن هذه المسألة لا تعرف للشافعى رحمه الله تعالى ، ولا نص عليها ، ولا تجيء على مذهبه أيضا ، بل البيع صحيح بكل حال ، قال : وقد نكت ابن خيران وما قصر ، وهذا الكلام من الشيخ أبى حامد فيه ميل الى ما قاله ابن خيران وكذلك الماوردى قال : ان ما قاله ابن خيران أصح جوابا وتعليلا ، وان كان نقل المبنى صحيحا ، قال : والاذعان للحق أولى من نصرة ماسواه .

وقال القاضى أبو الطيب عن ابن خيران والطبرى : انهما قالوا : ان الذى في مختصر المبنى نقله في الأم فوق الغلط في النقل من مسألة بيع الثمرة الى مسألة بيع الأصول ، واحتج المنتصرون لهذه الطريقة بأن الاختلاط ليس في المبيع ، فصار كما لو اشترى رجل ثمرا وتجددت ثمار في يد البائع وتعيبت الثمار والمبيع في يد البائع فلا خيار بعيب الثمار ، قال الامام : وهذا القياس الذى لا يسوغ غيره وممن صح هذه الطريقة الخوارزمى في الكافى .

( الطريقة الثانية : ) وبها قال المبنى وأبو اسحاق المروزى ، ونسبها القاضى أبو الطيب كما نسبها المصنف الى أكثر أصحابنا أنها على القولين ، قال هؤلاء : ونحن وان لم نعلم نصه عليها فان المبنى ثقة فيما نقله عنه ، وفي المسألة ما لا يحتمل التأويل من وجهين ( أحدهما ) أن فيها يقال للمبتاع أسمح ؟ فان سمح والا قيل للبائع أسمح ؟ فلو لا أن المعقود عليه هو نفس الشجر لما صح أن يقال لكل منهما : أسمح ؟ ( والثانى ) أنه قال : تكون الخارجة للبائع ، والحادثة للمشتري ، فدل على أن المعقود عليه هو الشجر . ثم المعنى يدل على ذلك فان المعقود عليه وان كان هو الشجر فان

المقصود منها الثمرة ، فاذا اختلطت الخارجة بالحادثة فقد اختلط المقصود من المبيع بغير المبيع ، فهو كما لو اختلط المبيع بغيره ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا قريب ، غير أن ابن خيران أسقط المسألة بالأصالة فلا معنى لقول هذا القائل : ان فيها ما لا يحتمل التأويل .

( قلت : ) المراد أن المسألة غير قابلة للتأويل ، وأما اسقاط ابن خيران فيجاء عنه بأن المزني ثقة ، وقد نقلها فلم يبق لابن خيران متعلق الا أن تقول ان المزني أخطأ فيها وجوابه بما أبداه هذا القائل من المعنى ، فإنه ينفي الجزم بخطئها ، وأعلم أن هؤلاء الأئمة على جلالتهم وإطلاعهم بين منكر لما نقله المزني ومقلد له فيه ، وقد وقفت على القولين بما لا يحتمل التأويل الا بتعسف عظيم ، فإنه قال في آخر باب ثمر الحائط يباع أصله ، وما أثمر في السنة مرارا فيبيع وفيه ثمرة فهي للبائع وحدها ، فاذا انقضت فما خرج بعدها مما لم يقع عليه صفقة البيع فلمشتري الأصل ، وصنف من الثمرة ما كان يخرج منه الشيء بعد الشيء ، حتى لا ينفصل ما وقعت عليه صفقة البيع ، وهو في شجره فكان للبائع ما لم تقع عليه صفقة البيع ، وكان للمشتري ما حدث .

فان اختلط ما اشتري بما لم يشتري فلم يتميز ففيها قولان ( أحدهما ) لا يجوز البيع فيه الا بأن يسلم البائع للمشتري الثمرة كلها ، فيكون قد أوفاه حقه وزيادة أو يترك المشتري له هذه الثمرة ، فيكون قد ترك له حقه .

( والقول الثاني ) أنه يفسد البيع من قبل أنه — وان وقع صحيحا — فقد اختلط حتى لا يتميز الصحيح منه الذي وقعت عليه صفقة البيع مما لم يقع عليه ، وقد تكلف ابن الرفعة بحمل ذلك على ما اذا باع شجرة التين مثلا بعد أن نتجت الأغصان ولم تبرز الثمرة فاشتراط البائع لنفسه تلك الأغصان ، فإنه كالثمره غير المؤبرة اذا شرطها البائع لنفسه ، فيشتراط فيها القطع على النص ، فيصح أن يقال : ان المبيع قد اختلط بغيره ، وهذا تكلف بعيد ، وقد أحسن المحاملي فاعترف بأن الشافعي رحمه الله تعالى نص على القولين في الأم ، ورد على ابن خيران مذهبا وحجاجا ، وذكر الامام عن القائلين بهذه

الطريقة أنهم فرقوا بين صورة الاختلاط وبين تعيب الثمار المتحدة في يد البائع ، بأن الاختلاط سببه بقاء ثمرة البائع على الأشجار ، وعلى البائع في الجملة تخلية المبيع للمشتري ، فقد حصل الاختلاط بسبب ما استبقاه البائع لنفسه ، وقرب ذلك من نقل الأحجار المودعة في الأرض ، ومن قلع باب الدار المبيعة لنقل ما فيها من الأمتعة .

وفي البحر أن ابن خيران تأول ما نقله المزني على ما إذا ابتاع الشجرة وبقيت الثمرة للبائع ، ثم اشترى المشتري ثانيا الثمرة . ثم ظهرت الحادثة فاختلطت بها . وهنا يختلط المبيع بغير المبيع . فهي مسألة القولين . وغلظه في هذا التأويل بأن هنا وان اختلط المبيع بغير المبيع الا أن كله للمشتري ، واختلط ملكه بملكه فلا يؤثر في البيع أصلا ، والله أعلم .

( فائدة ) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر في سنة واحدة إلا التين ، فانه يحمل النوروذى ثم يحمل بعده في الوقت . وقد قال غيره : ان النارج والأترج والرائج أيضا يحمل حملين ، وقد بلغني عن نوع من التفاح والبادنجان والبطيخ والقثاء ونحوها كالتين ، وأجاب الأصحاب عن كوننا لم نجعل الحادثة تابعة للخارجة كما في ثمرة النخل ، حيث جعلنا الطلع الحادث تابعا على الصحيح بأن العادة في النخل أنه يحمل حملا واحدا ، فاذا كان بعض حملة للبائع كانت ثمرة ذلك العام كله له ، والتين يحمل حملين كل واحد منهما غير الآخر فالثاني كثرة النخل في العام القابل .

( قلت ) والآخر كذلك غير أنه لا يطرد في شجر بعينه ، ولا نقول في ثمرة النخل مطلقا أن ثمرة العام كلها للبائع ، فقد ورد أن نخل أنس بن مالك رضى الله عنه كانت تحمل في السنة مرتين بدعوة النبي صلى الله عليه وسلم له . فالمعتبر حينئذ بالحمل على ما جرت العادة . فاذا كان أحد الحملين منفصلا عن الآخر انفصالا بينا غير متلاحق لم يتبع الثاني الأول . وان كانت عبارة الشافعي التي قدمتها تقتضى اعتبار العام فينبغي أن يقول : على ذلك سؤال قال الأصحاب : ( ان قيل ) هلا قلتم : الحمل الثاني تابع للأول ؟ كما اذا باع نخلة مؤبرة فان الطلع انحادث للبائع تبعا للموجود ؟ ( فالجواب ) ان في الطلع وجهين .

والفرق أن الطلع الحادث من جملة هذا الطلع الموجود ، لأنه ليس له  
الا حمل واحد يتقدم بعضه ويتأخر بعضه . وليس كذلك الحمل  
الثانى مع الحمل الأول .

( فرع ) قال المتولى فى هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو  
الصحيح يعنى من طريقة القولين وفى مسألة اختلاط الثمار المبيعة  
بغيرها لم يصحح شيئا والذى صححه ابن أبى عسرون فى هذه المسألة  
من طريقة القولين القول بالانفساخ كما صحح ذلك فى مسألة اختلاط  
الثمار المبيعة .

( فرع ) اذا قلنا : ينفسخ العقد فلا تفريع عليه ( وان قلنا : )  
لا ينفسخ . قال القاضى أبو الطيب : فمن سمح منهما أجبر الآخر  
على قبوله ، وان امتنع ففسخ الحاكم بينهما ، كذلك قال القاضى  
أبو الطيب ، وهو مفهوم المصنف رحمه الله . قال الماوردى : على  
ما يقتضيه مذهب ابن خيران ، ان تراضيا واتفقا على قدر الحادثة من  
المتقدمة ، والا فالقول قول صاحب اليد ، ولا يفسخ البيع لأنه لا يجعل  
لما حدث تأثيرا فى البيع وهذا الذى قاله الماوردى أحسن وأدخل  
فى المعنى الذى لحظه ابن خيران ، لأن الاختلاط فى غير البيع لا أثر له ،  
وكذلك صرح به المحاملى بعبارة تقتضى أنه منقول عن ابن خيران ،  
فانه قال : وقال ابن خيران : المسألة على قول واحد أن البيع  
لا يبطل ، ولكن يقال لكل منهما : اسمح بترك ثمرتك ، فان سمح أجبر  
الآخر على القبول ، وان لم يسمح نظر — فان كانت الشجرة والثمرة  
فى يد البائع — كان القول قوله فى قدر ما يستحقه المشتري منها ،  
وان كانت فى يد المشتري فالقول قوله فى قدر ما يستحقه منها .

وكذلك الامام قال : انه على هذه الطريقة لا يثبت الخيار ، وربما  
يظن بين كلام هؤلاء وكلام القاضى أبى الطيب منافاة ، ولا منافاة  
بينهما ، فقد بين الرويانى ذلك ، ونقل القول بالنفسخ عن نصه فى  
الأم وعن ابن خيران أنه اذا لم يسمح واحد منهما فالقول قول من  
فى يده كما قاله المصنف والقاضى أبو الطيب تفريعا على القول بعدم  
الانفساخ من قولى طريقة الخلاف . وما قاله الماوردى والمحاملى  
والامام تفريع على طريقة ابن خيران فقط ، فكلام أبى الطيب لا ايراد عليه

الا من جهة كونه أطلق ذلك على قول عدم الانفساخ . وهو مشترك بين قول ابن خيران وأحد قولى طريقة الخلاف وكلام المصنف الايراد عليه قوى ، لأنه نقل قول ابن خيران ، وفرع عليه أنه يقال : من سمح منكما أقر العقد فأفهم أنه اذا لم يسمح واحد منهما لا يقر العقد ، ويفسخ وليس ذلك قول ابن خيران ، ولو آخر هذه الكلمة بعد طريقة القولين وقالها تفريعا على عدم الانفساخ كان يعتذر عنه بما اعتذر عن القاضى أبى الطيب ، والله أعلم .

( فرع ) كلام المصنف هنا مشير الى أنه لا مزية فى غرض ترك الحق بين البائع والمشتري ، وكلامه فى التنبيه يقتضى أنه يبدأ بالبائع وكلام الماوردى يقتضى البدء بالمشتري ، والأقرب التسوية كما أشار اليه فى المذهب وأن من بدأ بالقول البائع أو المشتري ، لم يقل ذلك على أنه محتتم ، بل على جهة المثال وليس كذلك كالبدء فى التسليم ، فان ذلك مقصود يجبر عليه بخلاف هذا ، والله أعلم .

( فرع ) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن لامضاء العقد ما اذا سمح غرماء المفلس لصاحب السلعة المبيعة بتقديمه بتمام الثمن ليستمر عقد البيع ، فانه لا يلزمه الاجابة وفيه نظر .

( المسألة الثانية ) وهى المرتبة الأخرى . اذا اشترى رطبة فان اشتراها بشرط القطع من أصلها فلم يقلع فما حدث يكون للمشتري ان اشتراها بشرط القطع فلم يأخذها المشتري حتى طالت وعلت ، فقد عطف المبنى هذه على مسألة القولين ، فاختلف الأصحاب ، فمنهم من قال : البيع صحيح قولاً واحداً كما ذكره المصنف حكماً وتعليلاً ومنهم من قال : هى على قولين كالمسألة الأولى ومن ذهب الى هذا أبو اسحاق المروزى وابن أبى هريرة والشيخ أبو حامد وجمهور أصحابنا والامام والرويانى والشافعى قال الماوردى وجمهور أصحابنا : وغلط الشيخ أبو حامد القائل الأول ، وأجاب هؤلاء عما تمسك به القائل الأول من الكبر والسمن بأن زيادة الكبر والسمن وصيرورة البلع بسرا وما أشبه ذلك ليس بعين ، بمعنى أنه لم يزد فى أطرافه ولا فى

عدده ، والرطوبة اذا طالت تفرع لها أغصان وحدثت أعيان لم تكن فهو  
كالمسألة الأولى سواء .

وحسن المصنف هذا الجواب بقوله : ان تلك الزيادة لا حكم  
لها ، فلم يقل انها ليست بعين ، فانها عين قطعاً ولهذا احتاج الأولون  
يفسرون ذلك بعدم زيادة أطرافه وعدده ، لكنها — وان كانت عينا —  
فلا حكم لها ، بدليل أنه يجبر على التسليم معها فعبارة المصنف أسلم  
عن المشاححة ، وقد يفرض طول الرطوبة من غير تفرع الأغصان ، ومما  
يدل على ذلك أنه لو باع الرطوبة وطولها ذراع فأجبر في نصف طوله  
قبل القبض سقط من الثمن بقدره بخلاف السمن ، فانه لو هزل في  
يد البائع لم يسقط شيء ، وقال القاضي أبو الطيب : ان الزيادة في  
الرطب حدثت في الأصول التي في الأرض ، فهي بمنزلة حدوث حمل  
آخر من الثمرة ، وقال الماوردي : انها عين متميزة بخلاف الكبر  
والسمن فانه ليس متميزاً .

( واعلم ) أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان  
على أن الزيادة التي حصلت في الرطوبة للبائع ، وليست للمشتري ،  
وكذلك قال القاضي أبو الطيب والمحاملي والشيخ أبو حامد قبلهما  
والقاضي حسين ، وذكر الماوردي في حكاية الطريقة الجازمة بالصحة  
أن الزيادة للمشتري لأنها لا تتميز ، فان صح ذلك ففي المسألة ثلاث  
طرق ، وقال ابن أبي عصرون : ان الأصح من قولى أحد الطريقتين  
الانفساخ كما ذكره في المسألتين السابقتين ، وقول المصنف : فسخ ،  
أي يفسخه الحاكم ، كذلك صرح به الماوردي ، وقوله على القولين  
أي القولين في اختلاط الثمرة المبيعة .

( واعلم ) أن في مسألة الرطوبة ومسألة اختلاط الثمار المبيعة ،  
يقال للبائع : ان سمحت بحقك أقر العقد ، وان لم تسمح فسخ  
البيع ، كما قال المصنف هناك ، ولا يقال للمشتري : ان سمحت بحقك  
أقر العقد وفي مسألة اذا باع الشجرة واختلطت الثمار الموجودة  
بالحادثة يقال لكل منهما : ان سمحت بحقك أقر العقد والفرق أن  
في المسألتين الأوليين اذا ترك المشتري حقه غاز البائع بالمعوض  
والمعوض .

( فرع ) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته فان كان في الخريف لا يحتاج الى شرط القطع ، والا فبشرط القطع ، فان كان عليه نور فهو للمشتري . والا فهو للبائع كما في سائر الثمار ، ولا يدخل في مطلق العقد الا بالشرط ، فلو ظهر باذنجان آخر واختلط بالاول بحيث لا يتميز ففيه طريقان كما ذكرنا ، وهكذا في البطيخ والقثاء وما في معناها . قاله القاضي حسين ، وقال الروياني في هذا الفرع : ان باع الأصل مع الثمرة لابد من شرط القطع ، فان شجر الخربز والباذنجان والقثاء زرع وقد تقدم في كلام الامام ما يخالفه ، وقال الخوارزمي : ان باع الأصول قبل خروج حملها لم يجز الا بشرط القطع ، وان باع بعد خروج حملها ، فان باعها مع الحمل جاز مطلقا ، وان باعها دون الحمل أو مطلقا فالحمل الموجود للبائع ، والحادث للمشتري .

ومقتضى كلام القاضي حسين الذي حكته أنه اذا باع البطيخ مع أصوله لم يصح الا بشرط القطع ، بخلاف النخل ، وكذلك قال الامام والغزالي ، قال ابن الرفعة : وهو أفقه يعني من الامام ، والمنقول الأول ، يعني كلاما عن البندنجي وغيره يقتضي أنه يجوز مطلقا .

( فائدة ) ان قلت : ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية ، فان في هذه المرتبة اختلط المبيع بغيره ، فهي أشبه بالمسألة الأولى ( قلت ) المرتبتان الأوليان الاختلاط فيهما ظاهر ، اما اختلاط المبيع بغيره في المرتبة الأولى واما اختلاط المقصود منه بغيره في المرتبة الثانية ، وفي هذه المرتبة القائل الأول يقول : ليس فيها اختلاط ، وانما هو زيادة المبيع في نفسه . ولو كان كما قال هذا القائل لأجبر البائع على تسليم الرطبة بكمالها . ولم يقل به أحد كما أشار اليه المصنف . فالنزاع في المرتبة الثانية في المختلط فيها . هل هو كالمختلط في المرتبة الأولى أو لا ؟ والنزاع في الاختلاط هل هو كذلك الاختلاط أو لا ؟ فذكر المصنف الاختلاط المحقق بقسميه . ثم لما فرغ منه ذكر ما يقبل النزاع في كونه اختلاطا أو لا ؟ لكن اجراء القولين هنا فيما أظنه أولى من اجرائهما في المرتبة الثانية لأن الاختلاط حقيقي ، وانكار ما فيه ارتكاب ضرب في المجاز أو القياس . وكون المرتبة الثانية كالأولى على العكس من ذلك . وكذلك قلت في هذه المرتبة الأخرى ، ولم أقل

الثالثة . وذلك أن جماعة من محققى الأصحاب كابى حامد والماوردى اختاروا اجراء القولين هنا دون المرتبة الثانية •

ولو اشترى وديا<sup>(١)</sup> فكبر فانه للمشتري قولاً واحداً لأنها زيادة غير مميزة • قاله ابن أبى هريرة وغيره • وجعله القاضى حسين فى تعليقه قاعدة عامة أنه اذا اشترى شجرة وتركها حتى تكبر وتطول وتزداد كثيراً ، فان كان مما لا يتكرر قطعه مثل شجرة التفاح وأنواعه فيكون الكل للمشتري ، وان كان مما يتكرر قطعه مثل الخلاف والقصب يخرج على القولين ، وفى الفتاوى المنسوبة اليه فيما اذا اشترى شجرة بشرط القطع فلم تقطع حتى نما وكبر اطلاق القولين فى انفساخ العقد ، ثم قال جامعها بعد هذه المسألة ليست عن القاضى ، وانه ينبغي أن تكون للمشتري ، ولا خيار له لأنه ملك أصلها كالثمرة ، ثم قال : ورأيت للشيخ أبى المعالى أنه ان كانت الشجرة مما لا يخلف فللمشتري ، كالصنوبر والنخل ، وان كان يخلف كالقوت فقولان •

( قلت ) وسنذكر من كلام صاحب التتمة أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع أن المشتري لا يملك أصوله ، وأنها للبائع ، وتنبأ ذلك أن تكون الشجرة أيضاً كذلك ، وأن تكون زيادتها كاختلاط البيع بغيره ، فيجوز القولان كما اقتضاه باقى الفتاوى ، والذي قاله فى التعليقة ، وقال ابن أبى هريرة : محمول على ما اذا باع مطلقاً ، فانه فيما لا يستخلف لا يحتاج الى شروط القطع • وتكون أصوله للمشتري •

( فائدة ) هذه المسألة تنبهك على أن المشتري اذا اشترى جذة من الرطوبة لا يملك منها الا الظاهر على وجه الأرض ، وقد تقدم عن الماوردى حكاية خلاف فى أن الجذة المراد بها الظاهر على الأرض أو ما جرت العادة بجذده ، وهذا الوجه لا يجتمع مع كلامهم فى هذه المسألة الا أن يكون قد عين فى فرض هذه المسألة أنه لا يملك شيئاً من الباطن •

( مـرـع ) الزروع التى تحصد مرة واحدة اذا اشترىها بشرط القطع وتأنخر القطع حتى زاد قال صاحب التتمة : فالزيادة للبائع ،

(١) الودى كغنى : صغار الفسيل من النخيل (ط) •

والحكم على ما ذكرنا . يعنى فى مسألة زيادة الرطبة واختلاطها قال :  
حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ، اللهم الا أن يكون اشترى الزرع  
بشرط القطع وتأخر القطع حتى زاد فتكون الزوائد له لأنه ملك  
أصول الزرع التى منها تحصل الزيادة ، هكذا قال صاحب التتمة  
( فأما ) قوله : الزيادة للبائع ، والحكم كما فى مسألة الاختلاط فهو  
مخالف لما تقدم عن الامام أنها للمشتري بالاتفاق .

( وأما ) قوله : حتى لو تسنبل تكون السنابل للبائع ، ففيه نظر  
لأن السنابل ليست حادثة من خاص ملكه ، بل هى منها على رأيه  
وجعلها للمشتري أقرب ( وأما ) قوله : اللهم الى آخره فهكذا وجدته  
فى النسخة ، والظاهر أنه غلط ( والصواب ) القلع باللام ، وعلى هذا  
يصح ، فإنه اذا اشتراه بشرط القطع من أصوله كانت الأصول ملكه ،  
فكل ما حدث منه كان للمشتري ، لأنه زيادة ملكه ، والله أعلم . وقد  
صرح صاحب التهذيب بأنه اذا باع القرط بشرط القلع فلم يقلع حتى  
ازداد يكون ما حدث للمشتري ، لأنه ملك أصله . وقد تقدم التنبيه  
على ذلك أول المسألة .

( فرع ) اذا اشترى أصول البطيخ تقدم عن الامام والمتولى  
وغيرهما أنه لا يجوز الا بشرط القطع . قال صاحب التتمة : أو القلع ،  
وقال صاحب التتمة : الا أنه اذا اشترى أصول النبات بشرط القلع  
ثم استأجر الأرض أو استعار ولم تبلغ الأصول ، فما يحدث يكون  
ملكاً له ، لأنه فرع أصل مملوك . وهذا من صاحب التتمة على ما ذكره  
فى الفرع المتقدم أنه اذا اشترى الزرع بشرط القطع لا يملك  
أصوله . وقد تقدم عن الأصحاب أن الطريق الى ملك ما يحدث من  
البطيخ أن يشتري الأصول بشرط القطع ، ويستأجر الأرض فلا يجب  
عليه للقطع . وهذا الذى قاله المتولى ينبى على أنه لا يفيد اشتراط  
القطع . بل لابد من اشتراط القلع . وينبى أن يكون ذلك مجزوماً به .  
لأن البطيخ مما يستخلف ، والله أعلم .

ولو باع أصول النبات مطلقاً . قال المتولى : لا يدخل البطيخ الا  
بالتنصيص لأنها ثمرة ظاهرة حتى ان الذى هو يرى ولم ينعتقد لا  
يتبع الأصول ، بخلاف الثمرة التى لم تظهر تتبع الشجرة . لأن

الشجرة أصل مقصود ، والنماء تبسح له • فجعل ما لم يظهر من النماء تبعا له • وأما هنا أصل النبت ليس بمقصود ، وإنما المقصود الثمار ، فلا يجعل المقصود تبعا •

( فرع ) قال الشافعي رضي الله تعالى عنه : ولا يجوز بيع القصيل الا على أن يقطع مكانه مما يستخلف أو لا يستخلف ، ثم قال : فان اشتراه ليقطعه فتركه بغير شرط وقطعه بمكنة ، فالبايع بالخيار في ترك القصيل أو نقض البيع ، فهذا النص ان كان المراد به ما استخلف خاصة فهو أحد الطريقين أو القولين اللذين نقلهما الأصحاب ، وان كان شاملا لما يستخلف ولما لا يستخلف ففيه موافقة لما قاله صاحب التتمة • من أن الزيادة في الزرع الذي لا يستخلف للبائع ومخالفة لما قاله الامام ، قال صاحب التهذيب : انه لو باع القصيل أو الشجر المخلف كالخلاف والقصب أو ورق الفرصاد في أول خروجه بشرط القطع في ذلك كله ، فلم يقطع حتى زاد ، ففي انفساخ البيع قولان كالقت ، قال : وعندى ان كانت المقاطع معلومة مثل أغصان الفراسيد يبين مقاطعها • فما يحدث من الأوراق فوق المقطع والقول يكون للمشتري • وفي القت والكراث انما يفسخ لأن ما يحدث من أصله الذي لم يبيع غير متميز عما باع • لأنه لا يعرف مقاطعها بعد الزيادة •

( فرع ) في زيادات أبي عاصم العبادي : اذا اشتري ورق الفرصاد مع أغصانه فتراخي القطع حتى مضى الوقت فله القطع ، وان اشتري الورق فقط فتأخر فسد البيع في قول ، لأنه اختلط المبيع بغيره •

( فرع ) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل والقصب والطرفاء والخشب والبردى في خرابزه ذكره ابن خيران في اللطيف •

قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان له شجرة تحمل حملين ، فباع أحد الحملين بعد بدو الصلاح ، وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به ولا يتميز ، فالبيع باطل وقال الربيع : فيه قول آخر : ان البيع

يصحح • ولعله أخذه من أحد القولين فيمن باع جذة من الرطبة ، فلم يأخذ حتى حدث شيء آخر ، أن البيع يصح في أحد القولين • والصحيح هو الأول ، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه ، لأن العادة فيها الترك ، فإذا ترك اختلط به غيره ، فتمذر التسليم بخلاف الرطبة • فإنه باعها بشرط القطع فلا يتعذر التسليم •

( الشرح ) ضبط في الاستقصاء حملين — بفتح الحاء — قال في الاستقصاء : وقال غيره : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة • وبالكسر ما كان على رأس أو ظهر ، وحمل الشجرة مرتين ، يقال : إن ذلك في التين واللوز والرايح والأترج تحمل حملين ، وهذه المسألة كانت تبيد لما تقدم وتبين أن ما مضى من الكلام في اختلاط الثمار المبيعة إنما محله فيما إذا لم يكن الاختلاط غالباً ، أو كان غالباً ولكن شرط القطع على المشتري ، فلم يتفق حتى وقع الاختلاط • أما إذا كان الاختلاط غالباً ولم يشترط القطع فالبيع باطل كما ذكره المصنف وهنا ، وهو الصحيح المشهور المنصوص في الأم ، نص عليه في باب ثمر الحائط يباع أصله •

قال الربيع هناك : ولنشأ في مثل هذا قول أنه إن شاء رب الحائط أن يسلم ما زاد من الثمرة التي اختلطت بثمرة المشتري صح ، قال المحاملي : وهذا ليس بمنصوص ، وإنما أخذه الربيع من أحد القولين فيما إذا باع جذة من الرطبة ، فلم يجزه المشتري حتى حدثت أعيان أخرى ، فإن انشأ في نص في تلك المسألة على قولين : فخرج الربيع قولاً آخر في هذه المسألة بناء على تلك ، قال المحاملي : وخط في هذا ، والمذهب أن البيع يبطل قولاً واحداً ، والفرق أن الرطبة إنما تباع على شرط القطع ، فالبيع معلوم مقدور على تسليمه : وإنما يخاف تعذر التسليم بمعنى ربما حدث ، وربما لم يحدث • فصح العقد وهنا وقع العقد على الثمرة الموجودة • والعقد يقتضى تبقيتها إلى وقت الجذاذ • فإذا علم اختلاطها في تلك الحالة ، فقد وقع العقد على ما يعلم تعذر تسليمه حال استحقاق التسليم • انتهى • وشبهوه بشراء العبد الآبق ، وقد أطبق جماهير الأصحاب على ترجيح القول بالفساد • ورد ما قاله الربيع •

قالوا : وانما وزان مسألة الرطبة لو باع الثمرة بشرط القطع ، فلا يبطل البيع . وقد نقل الامام قول الربيع المذكور في الكتاب عن العراقيين . قال : وذكر العراقيون قولاً بعيداً أن البيع موقوف . فان سمح البائع ببذل حقه تبيننا انعقاد العقد ، وان لم يسمح تبيننا أن العقد غير منعقد في أصله . وهذا قول مزيف لا أصل له ، وهو بمثابة المصير الى وقف بيع العبد الآبق على تقدير فرض الاقتدار عليه وفقاً ، فان طردوا هذا فهو على فساد مطرد . وما أراهم يقولون ذلك . وأراد الامام بالقول الذي نقله العراقيون ما ذكره المصنف عن الربيع . لكن ليس في كلامهم الذي رأيته أن ذلك من باب وقف العقود ، بل صرح المحاملي في حكاية هذا القول أنه يقال للبائع : اسمح بترك حقلك ، فان سمح والا فسخ العقد ، ولكن عبارة الربيع في الأم التي حكيت بعضها في صدر كلامي محتملة لما قاله الامام : والأولى أن يترك على ما قاله المحاملي وحينئذ لا يكون من وقف العقود ، ولا يتبين انعقاد العقد أو عدم انعقاده .

وأما الزامهم بالعبد الآبق فالفرق أن الثمرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع ، ولا كذلك الآبق ، لكن القول المذكور ضعيف بما ذكره المحاملي والمصنف ، فان الرطبة لأجل شرط القطع يمكن تسليمها ، وهنا الإبقاء بعد بدو الصلاح مستحق ، فلا يمكن التسليم ، وكونه تسليمه بتسليم الجميع لا يكفي لأن شرط العقد القدرة على التسليم الذي لو امتنع منه أجبر عليه وهو لا يجبر على تسليم الجميع ، وقد أورد ابن الرفعة على الامام والغزالي اذ قالوا ان الاختلاف بعد التخلية لا يوجب الانفساخ أن يقولوا بالصحة هنا ، فان التسليم ممكن بالتخلية ، وللبائع اجبار المشتري عليها اذا باع مطلقاً لخروجه بذلك عن عهدة الضمان على هذا الرأي ، كما يكون ذلك في المنقول وحينئذ تساوى مسألة الرطبة ، نعم لو كان التسليم لا يمكن في حال الإمع الاختلاط لم يصح ذلك ، وذلك في جملة البئر اذا أفردت بالبيع وقلنا : الماء يملك ، وأورد صاحب الوافي أنه اذا علم حدوث ما تختلط به الثمرة المبعة اذا تركها ، فينبغي أن يجب القطع للعذر المفضي الى ابطال البيع فيصح نقل الربيع .

(قلت) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد ، لأن المشتري لم يلتزمه ،  
ولا هو مقتضى العقد ، والله أعلم •

وحقيقة الخلاف في هذه المسألة يرجع الى أن المتوقع كالواقع  
أو لا ؟ والجمهور على أن المتوقع كالواقع ، ولهذا منعوا الأب من نكاح  
جارية ابنه إذا قلنا : لو أحبلها صارت أم ولد له ، وشاهده من السنة  
نهي صلى الله عليه وسلم « عن بيع الثمرة حتى ترهى » وأورد  
ابن الرفعة على الإمام أيضا في الزامهم العراقيين طرده ذلك في العبد  
الآبق ، أنه أبدى في كتاب اللقيط احتمالا في جواز بيع العبد الآبق ،  
المنقطع الخبر مع عدم اتصال الرفاق ، وعدم اجزاء عتقه عن الكفارة  
ظاهر ، ثم قال : ومما يجب ذكره أنا إذا منعنا البيع فلو تبين بقاء  
العبد فالظاهر عندي نفوذ البيع ، وإن كان يلتفت على الوقت ولكن  
إذا بان الأمر من الملك والقدرة على التسليم فظن التعذر لا يبقى  
أثره مع تبين خلافه ، وكان في المعاملات يضاهى صلاة الخوف مع  
سواد يحسبه عدوا ثم بان خلافه •

(فرع) إذا اشترى الشجرة المذكورة بعد ظهور أحد الحملين  
وتأبيره وهو يعلم أنه يحدث الحمل الآخر ويختلط به فأطلق الرافعي  
وغيره أن البيع باطل إلا بشرط القطع ، وقال : أنه يجيء فيه الخلاف ،  
يعنى خلاف الربيع ، ولم يذكر أنه على طريقة ابن خيران كيف يكون  
الحكم ؟ وينبغي على طريقة ابن خيران في المسألة المتقدمة بالصحة  
الحكم ، وعلى الطريقة المثبتة للخلاف يكون كما لو باع أحد الحملين  
فالمشهور البطلان إلا بشرط القطع ، والله أعلم •

وإذا باع شجرة واستثنى ثمرتها التي لم تؤبر فانه لا يشترط  
شرط القطع على الصحيح • وإذا باع شجرة وبقيت ثمرتها المؤبرة  
للبيع قبل بدو الصلاح لا يشترط قطعها جزما ، وإذا باع ثمرة  
بعد بدو الصلاح فعلم اختلاطها بغيرها قبل الجذاذ بطل العقد  
على أحد القولين ، ولو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة واختلطت بثمره  
أخرى فكذلك على المذهب • ولو باع رطبة أو شبيهها مما ذكرناه هنا  
لم يجز إلا بشرط القطع •

ولو باع الأرض وفيها رطبة تبقى للبائع ، ويعلم اختلاطها بغيرها ،

فهو كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة يعلم اختلاطها بغيرها ، ومقتضى المذهب كما قدمته اشتراط القطع فكذلك هنا ، وظهر لك بجميع هذه المسائل أن اطلاقهم عدم اشتراط القطع فيما اذا بقيت الثمرة للبائع قبل التأبير بالشرط ، أو بعد التأبير وقبل بدو الصلاح بالعقد ، محمول على ما اذا لم يكن تلاحق الثمار غالبا ، اما لو كان غالبا فمقتضى ما تقرر بطلانه ، كما اذا باع ثمرة يعلم تلاحقها بغيرها وليس لك أن تفرق بأن الثمرة هناك مبيعة ، فتعذر تسليمها موجب للبطلان بخلاف ما اذا بقيت للبائع ، فانها ليست بمبيعة ، لأننا نقول : ان هذا المعنى هو الذى لحظه ابن خيران فيما اذا باع الشجرة وعليها ثمرة فاختلطت بغيرها ، وقد أبطله الأصحاب هناك •

ولو باع شجرة وعليها ثمرة غير مؤبرة واستثنى البائع ، اما بشرط القطع ان شرطناه أو بدونه ، فحدث طلع آخر ، فهل يكون حكمه ما اذا بقيت الثمرة المؤبرة للبائع وحدث طلع آخر ؟ فيجوز فيه الوجهان في أن الطلع يكون للبائع ؟ أو للمشتري ؟ أو نقول هنا : ان الطلع الحادث للمشتري قولا واحدا ؟ لأن الثمرة غير المؤبرة انما بقيت بالشرط ، فلا يستتبع الطلب الحادث ، لم أر في ذلك نقلا ( فان قلنا ) ان الطلع للبائع تبعاً للثمرة فلا كلام ( وان قلنا ) للمشتري وكان الغالب تلاحقه فهل يصح من غير شرط ، فيصير كما لو باع شجرة عليها ثمرة مؤبرة ، يعلم اختلاطها بغيرها ، وقياس المذهب فيها البطلان •

ولو اشترى شجرة القثاء والبطيخ ونحوه مع ثمرتها ، اشترط القطع لأنه كالزراع • ثم ان لم يتفق القطع حتى خرج شيء آخر فالخارج والموجود كله للمشتري وهذا هو الوجه في تحصيل كل الثمرة الموجودة وبغيرها للمشتري •

وان أراد الخلاص من مطالبته بالقطع استأجر منه الأرض سنة أو سنتين فيحصل له منفعة تلك المدة • ولا يملك صاحب الأرض مطالبته بالقطع ، قاله الرويانى وغيره •



## باب بيع المصرة والرد بالعيب (\*)

قال المصنف رحمه الله تعالى

( إذا اشترى ناقة أو شاة أو بقرة مصراة ولم يعلم بأنها مصراة ، ثم علم أنها مصراة ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تصروا الإبل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، أن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر » وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها مثل - أو مثلى - لبنها قمحا » ) .

( التشرح ) حديث أبي هريرة متفق عليه ، رواه الأئمة مالك في الموطأ والشافعي رضي الله عنه والبخاري ومسلم في صحيحيهما وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه ، وليس في شيء من ألفاظهم ولا في غيرها مما وقفت عليه من كتب الحديث اللفظ الذي أورده المصنف هكذا ، وهذا الحديث رواه عن أبي هريرة جماعة ، منهم عبد الرحمن الأعرج المشهور بصحته ، ولفظه « لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها أن رضيها أمسكها ، وأن سخطها ردها وصاعا من تمر » رواه البخاري ومسلم وأبو داود ، وليس فيه : « بعد أن يحلبها ثلاثا » . وكذلك رواه الشافعي وفيها زيادة : « لا تصروا الإبل والغنم للبيع » كذلك رواه المزني عنه . وقيل : أن المزني انفرد بهذه الزيادة عن الشافعي رحمه الله تعالى .

وأما الربيع فإنه روى عنه كما روى الجماعة بدون هذه الزيادة ، ومن الرواة له عن أبي هريرة رضي الله عنه أبو بكر محمد بن سيرين ، ولفظه « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، فإن ردها رد معها صاعا من التمر لا سمراء » وفي رواية من طريقه « من اشترى

(\*) هذا الباب هو أول الجزء الثاني عشر من ش و ق وهو آخر ما كتبه الامام السبكي محاولا تكملة المجموع .

مصراة فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر لا سمراء» (١) رواهما مسلم وأبو داود •

وروى الترمذى والنسائى وابن ماجه بعض ذلك • وروى أبو صالح عن أبي هريرة ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثه أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » . رواه مسلم ، قال البخارى : قال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من طعام • وهو بالخيار ثلاثا • وقال بعضهم عن ابن سيرين : صاعا من تمر • ولم يذكر ثلاثا والتمر اكثر • اه كلام البخارى ورواه عن أبي هريرة موسى بن يسار ولفظه « من اشترى شاة مصراة فليقلب بها فليحلبها ، فان رضى حلبها أمسكها والا ردها ، ورد معها صاعا من تمر » . رواه مسلم • ورواه عن أبي هريرة أبو صالح ولفظه « من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، ان شاء أمسكها ، وان شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم •

وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى من الغنم فهو بالخيار » رواه مسلم ، ورواه عن أبي هريرة همام بن منبه ولفظه « اذا ما أحدكم اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، اما هى والا فليردها وصاعا من تمر » رواه مسلم • قال بعضهم : وهو دليل على الرد بغير أرش • ورواه عن أبي هريرة ثابت مولى عبد الرحمن بن زيد ، ولفظه « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها ، فان رضىها أمسكها وان سخطها ففى حلبتها صاع من تمر » رواه البخارى وأبو داود • وقال بعضهم : وهو دليل على أن صاع التمر فى مقابلة اللبن وأنه أخذ قسطا من الثمن •

ورواه عن أبي هريرة الشعبي ولفظه « من اشترى منكم محفلة فكرها فليردها وليرد معها صاعا من طعام » رواه ابن الجارود • وفى لفظ من رواية ابن سيرين « من اشترى نعجة مصراة — أو شاة مصراة — فحلبها فهو بأحد النظرين بالخيار ان شاء ردها وائاء من طعام » رواه البيهقى عن أبي عبد الله الحاكم بسند صحيح ، وكل هذه الألفاظ

(١) قال الترمذى ، ومعنى قوله « سمراء » أى لا بر •

مرفوعة الى النبي صلى الله عليه وسلم فهذه روايات أبى هريرة ليس في شيء منها اللفظ الذي ذكره المصنف بتمامه ، بل طريق الأعرج جمعت بين النهي عن التصرية وبيان حكمها من غير ذكر الثلاث .

وطريق ابن سيرين وأبى صالح فيها ذكر الثلاث ، وهي مقتصرة على بيان الحكم والظاهر أنهما حديثان وليسا حديثا واحدا حتى يمكن أن تضاف هذه الزيادة الى الرواية الأولى ، بل والمعنى أيضا مختلف لأن رواية ابن سيرين وأبى صالح اللتين فيهما ذكر الثلاث ( فالأول ) يقتضى اثبات الخيار ثلاثا من غير بيان ابتدائه ( والثاني ) يقتضى اثبات الخيار من غير بيان مدته ، فالجمع بينهما كما في الكتاب يقتضى التصريح بحكم لم يصرح به في شيء من الروايتين ، وهو أن يكون الخيار يعد الحلب ثلاثا . فالثلاث اما راجعة للخيار فيقتضى أنه بعد حلبها ثلاثا يثبت الخيار وكل واحد من الأمرين لم يدل عليه شيء من الروايات صريحا ، وأما الثاني فلم يدل عليه أصلا لا صريحا ولا ظاهرا . وممن ذكر الحديث كما ذكره المصنف سواء ، العبدري في الكفاية والرافعي في التهذيب وقلنا : رواه البخاري ومسلم وينبغي أن يكون مرادهما أصل الحديث ، لا ذلك اللفظ ، وممن ذكره كذلك أيضا الشيخ أبو حامد في تعليقه ، وذكر أنه حديث مختصر المزني ، والمصنف تبع الشيخ أبا حامد في ذلك ، والموجود في مختصر المزني ليس فيه هذه اللفظة ، ولم يذكرها القاضي أبو الطيب في تعليقه أيضا ، وانما ذكر على الصواب ، وذكره ابن أبى هريرة في تعليقه بلفظ قريب مما ذكره المصنف فيه الخيار ثلاثا ، وليس فيه : بعد أن يحلبها ، وهو مصدر بالنهي كما ذكره المصنف وهو في الغرابة كاللفظ الذي أورده المصنف ، وذكره أيضا جماعة من الأصحاب منهم الغزالي كما ذكره المصنف .

وأصل الحديث ثابت متفق عليه بالألفاظ المتقدمة على ما تبين ، أجمع أهل العلم بالحديث على صحته وثبوته من حديث أبى هريرة ، رواه عنه الأعرج ومحمد بن سيون وأبو صالح السمان وهمام ابن منبه وثابت مولى عبد الرحمن وقد تقدمت روايتهم ، ومحمد ابن زياد ورواياته في جامع الترمذي بقريب من الألفاظ المتقدمة وموسى بن يسار ، وقد تقدم ومجاهد وأبو إسحاق ويزيد بن عبد الرحمن ابن أذينة وغيرهم ، ورواه عن هؤلاء وعن بعدهم خلائق لا يحصون ،

حتى ادعى بعضهم أنه صار الى التواتر ، وقال ابن عبد البر : حديث المصراة ثابت صحيح لا يدفعه أحد من أهل العلم بالحديث .

وأما حديث ابن عمر فرواه أبو داود وابن ماجه باللفظ الذى ذكره المصنف قال الخطابى : وليس اسناده بذاك ، قال الحافظ المنذرى : والأمر كما قال : فان جميع بن عمير ، قال ابن نمير : من أكذب الناس ، وقال ابن حبان : كان رافضيا يفسح الحديث ( قلت ) وجميع هو الذى رواه عن ابن عمر وهذا الكلام عن ابن نمير وابن حبان من أشد ما قيل فيه وقد قال ابن أبى حاتم : سألت أبى عنه فقال : من عتق الشيعة ومحلله المصدق صادق الحديث كوفى تابعى .

وقال البخارى فى التاريخ الكبير : فيه نظر ، وقال البيهقى فى المعرفة لما ذكر هذا الحديث : هذه الرواية غير قوية ، وقال فى كتاب السنن الكبير : تفرد به جميع بن عمير وذكر عبد الحق هذا الحديث فى الأحكام ولم يتعرض لحال جميع بن عمير هذا ، وانما بمصدقة ابن سعيد الراوى عن جميع ، فانه أيضا ليس بالقوى ، فهذا ما يتعلق بالحديثين اللذين فى الكتاب .

وقد روى حديث المصراة عن ابن عمر أيضا بما يوافق رواية أبى هريرة رواه الدارقطنى من حديث ليث عن مجاهد عن ابن عمر وأبى هريرة رفعا الحديث « لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأفواه الطرق ، ولا تتاجشوا ولا يسم الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه ، حتى ينكح أو يرد ، ولا تسلم المرأة طلاق أختها لتكتفى ما فى صحفتها (١) ، فانما لها ما كتب لها ولا يبيعوا المصراة من الابل والغنم ، فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومطلوب » وليث المذكور فى سنده هو ليث بن أبى سليم ، ولا تقوم به حجة عند أكثر أهل العلم بالحديث . وروى الدارقطنى من حديث كثير بن عبد الله عن أبىه عن جده ، وهو عمرو بن عوف المزنى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

---

(١) الصفحة اثناء كالقصعة والجمع صحاف مثل كلبة وكلاب ، وقال الزمخشري قصعة مستطيلة .

« لا جلب ولا جنب ولا اعراض ، ولا يبيع حاضر لباد ولا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها وصاعا من تمر » وكثير بن عبد الله هذا ضعيف جدا •

قال الشافعى رحمه الله فيه : ركن من أركان الكذب • وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة • قال الدارقطنى عقب هذا الحديث : تابعه عاصم بن عبيد الله عن سالم عن ابن عمر فى المصراة • وروى البيهقى رحمه الله فى السنن الكبير بسند جيد عن عبد الرحمن بن أبى ليلى التابعى الكبير الثقة المشهور عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضىها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام — أو صاعا من تمر » قال البيهقى : يحتمل أن يكون هذا شكا من بعض الرواة فقال : صاعا من هذا أو من ذاك لا أنه على وجه التخيير ليكون موافقا للأحاديث الثابتة فى هذا الباب •

وروى البيهقى رحمه الله أيضا من حديث اسماعيل بن مسلم عن الحسن بن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من اشترى شاة محفلة فان لصاحبها أن يحتلبها ، فان رضىها فليمسكها والا فليردها وصاعا من تمر » اسماعيل بن مسلم متروك • وروى أبو بكر الاسماعيلى رضى الله عنه فى كتابه الصحيح المستخرج على صحيح البخارى رحمه الله من حديث سليمان التيمى عن عبد الله ، وهو ابن مسعود رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شاة محفلة فردها فليرد معها صاعا » رواه من حديث أبى خلف العمى لكنه اختلف فى وقفه ورفع ، فرواه البخارى فى الصحيح موقوفاً من قول ابن مسعود رضى الله عنه ، وكذلك رواه الشافعى فى الأم فى أحكام على وابن مسعود رواه عن هشام • هكذا رأيت فى الأم •

وقال ابن الأثير فيما بلغه عن هشام : وقال الاسماعيلى ان أبا خالد رفعه وان ابن مبارك ويحيى بن سعيد وابن أبى عدى ويزيد

ابن زريع وهشاما وجريرا وغيرهم رواه موقوفا على ابن مسعود •  
ورواه البرقاني موقوفا على شرط البخارى • وزاد « من تمر ماله »  
والاسناد والحكم على طريقة المحدثين شرط فى مثل هذا الموضع  
للموقف وتقديمه على رواية الرفع •

أما على طريقة الفقهاء فينبغى الحكم للرفع ، وان أبا خالد وهو  
سليمان بن حبان الأحمر ، لأنه احتج به الشيفان ، ومن رفع معه  
زيادة على من وقف ، والمخالف فى هذه المسألة يحكم بصحة مثل ذلك •

فقد تلخصت روايات حديث المصراة من طريق أبى هريرة وابن عمر  
وعمر بن عوف المزنى جد كثير بن عبد الله رضى الله عنهم ورجل من  
أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وأنس بن مالك وابن مسعود  
رضى الله عنهم ( وأصحها ) رواية أبى هريرة رضى الله عنه ورواية رجل من  
الصحابية سندها جيد • ورواية ابن مسعود على طريقة المحدثين  
ضعيفة فى رفعها ويجب على طريقة كثير من الفقهاء التمسك بها  
وترجيح الحكم بالرفوع ولا أرى التمسك بمثل هذا المصنف فى مثل  
هذا الموضع مع قوة الظن بالموقف لرجحان رواته كثرة وجلالة •

نعم ذكر الماوردى أن الشافعى رواه عن يحيى بن سعيد عن  
التيمنى ولم أقف عليه فى كلام الشافعى ، فان صح ذلك وكان الرفع  
فيه محققا تعين الحكم بصحته ، وقد ذكر الاسماعيلى عن يحيى بن سعيد  
أنه ممن رواه موقوفا ، فان صح ما ذكره الماوردى فيكون عنه روايتان ،  
والله أعلم •

( أما اللغة ) فقله صلى الله عليه وسلم : « لا تصروا » فهو بضم  
التاء المثناة من فوق وفتح الصاد وبعد الراء المشددة واو ، وفتح  
لام الابل على مثال تركوا •

قال القاضى عياض : كذا صحيح الرواية من صرى اذا جمع مثقل  
ومخفف ، وهو تفسير مالك له ، والكافة<sup>(١)</sup> من أهل اللغة والفقه  
وبعض الرواة تحذف واو الجمع وتضم لام الابل على ما لم يسم فاعله ،

---

(١) سبق أن نبه الامام النووى على خطأ تعريف كافة فى المجموع وفى  
تهذيب الاسماء واللغات فقال : أهل اللغة والفقه كافة (ط) •

وبعضهم يقول يصروا - بفتح الياء وضم الصاد واثبات واو الجمع ونصب لام الابل - وخطأ القاضي هذين الوجهين وقال انهما لا يصحان الا على تفسير من فسر بالربط والشد من صر يصر . وقال فيه المضرورة ، وهو تفسير الشافعي لهذه اللفظة كأنه يحبسه بربط أخلافها وشدّها لذلك وخطأ ابن عبد البر الوجه الأخير وجعله وهما ، محتجا بأنه لو كان كذلك لكانت مضرورة . قال : وهذا لا يجوز عندهم . ولم يذكر ابن عبد البر الوجه الثاني ، وهو مثل الوجه الأخير ، وقيده الفارقي تلميذ المصنف بالوجه الثاني وابن معن شارح المذهب بالوجه الثالث ، وكلاهما خطأ ، والفارقي أقل عذرا لأن الواو ثابتة في جميع ما وقفت عليه من كتب الحديث ونسخ المذهب .

قال الخطابي : اختلف أهل العلم واللغة في المصرة ومن أين أخذت واشتقت ؟ ( فقال ) الشافعي رضى الله عنه : التصرية أن تربط أخلاف الناقة والشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتربها كثيرا فيزيد في ثمنها ، فإذا تركت بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها .

قال أبو عبيد : المصرة الناقة أو البقرة أو الشاة التي قد صرى اللبن في ضرعها يعنى حقن فيه أياما فلم يحلب ، وأصل التصرية حبس الماء وجمعه ، يقال منه صريت الماء ، ويقال انما سميت المصرة لأنها مياه اجتمعت . قال أبو عبيد : ولو كان من الربط لكان مضرورة أو مصرة . قال الخطابي : كأنه يريد به الرد على الشافعي قال الخطابي : قول أبي عبيد حسن . وقول الشافعي صحيح . والعرب تصر ضرع الحلويات اذا أرسلتها تسرح ويسمون ذلك الربط صرارا فإذا راحت حلت تلك الأصرة وحلبت ، وأستدل لصحة قول الشافعي بقول العرب « العبد لا يحسن الكر والفر وإنما يحسن الحلب والصر » ويقول متمم بن نويرة :

فقلت لقومي (١) هذه صدقاتكم مصرة أخلافها لم تجدد

(١) ومنها :

وقلت خذوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجيء من الغد  
فان قام بالأمر المخوف قائم منعنا وقتلنا : الدين دين محمد  
من كتابنا « خالد بن الوليد قيادة ودعوة » .

قال : ويحتمل أن أصل المصرة مصررة ، أبدلت إحدى الراعين ياء ، وقال الأزهرى فى كلامه على مختصر المزنى : جائز أن تكون سميت مصرة من صر أخلافها كما قال الشافعى رحمه الله ، وجائز أن تكون سميت مصرة من الصرى ، وهو الجمع ، يقال : صريت الماء فى الحوض إذا جمعته ، ويقال كذلك : الماء صرى ، وقال عبيد :

يا رب ماء صرى وردته سبيله خائف حدث

ومن جعله من الصر قال : كانت المصرة فى الأصل مصررة فاجتمعت ثلاث راءات فقلبت أحداها ياء كما قالوا : « تغلنت من المظن » وكما قال العجاج :

✽ يضى الباز اذ البازى كسر ✽

هذا كلام الأزهرى رحمه الله ، وكلام الشافعى رحمه الله المذكور هو فى مختصر المزنى ، وقال النووى رحمه الله : وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش والتصرية » قال : وهذا يدل لرواية الجمهور يعنى الضبط فى الرواية كما تقدم ( وأما ) الاشتقاق والمعنى المختلف فيه بين الشافعى وغيره فليس فيه تعرض له ، لأنه يصح ذلك مع ابدال الراء ياء ، على أنه ليس فى كلام الشافعى رحمه الله تصريح بأن ذلك مأخوذ من الصر ، وإنما مقصوده ومدلول كلامه أنه فسر التصرية بالأمور المذكورة فى كلامه من الربط والترك من الحلب حتى يجتمع اللبن والشك أن ذلك فيه معنى الربط والجمع معا ، فيحتمل أن تكون التسمية بذلك لأجل الجمع ، وذكر الربط لأنه المعتاد عند العرب على ما تقدم من كلام الخطابى ، ولأنه سبب فى احتباس اللبن .

وإذا كان كذلك فليس فى كلام الشافعى مخالفة لغيره الا زيادة تبين ما كانت العرب تفعله من ربط أخلاف الناقة والشاة ، ويحتمل أن يكون تسميتها بذلك لما اشتملت عليه من الصر والربط ، وحينئذ تتحقق المخالفة ، فالأقرب أن الشافعى إنما أراد المعنى الأول ، وقد قال أبو حاتم السجستاني : الشافعى أعلم باللغة منا ، نقله عنه الثعلبى فى تفسير سورة النساء .

ورويانا عن عبد الملك بن هشام قال : قول الشافعى حجة فى اللغة ،  
قال الربيع : وكان ابن هشام بمصر كالأصمعى بالعراق ، وقال أبو عبيد :  
الشافعى ممن يؤخذ عنه اللغة — أو من أهل اللغة — الشك من  
ابن أبى حاتم •

وقال المازنى : الشافعى عندنا حجة فى النحو ، وقال أبو الوليد  
ابن الجارود : ان للشافعى لغة جيدة يحتج بها كما يحتج بالبطن من  
العرب ، وقال ثعلب : ان الشافعى رحمه الله من بيت اللغة يجب أن  
يؤخذ عنه ، وقال أيوب بن سويد : خفوا عن الشافعى اللغة ، وقال  
ثعلب أيضا : انما يؤخذ الشافعى باللغة لأنه من أهلها ، وانما ذكرت  
هذه الأقوال كلها ليتبين قدر الشافعى عند أئمة اللغة وقد وقع  
فى كلامه رحمه الله أن التصرية أن يربط أخلاف الناقة والشاة ، وأخلاف  
جمع خلف — بكسر الخاء المعجمة وسكون اللام — قال ابن قتيبة :  
الخلف لكل ذات خف ، والطى للسباع وذوات الحافر وجمعه أطياء ،  
والضرع لكل ذات ظلف ، قال : وقد يجعل الضرع أيضا لذوات الخف •  
والخف لذوات الظلف ، والثدى للمرأة •

( قلت ) فاطلاق الشافعى أخلاف الناقة والشاة ، اما أن يكون  
على هذا القول واما أن يكون من باب التغليب غلبنا الناقة على الشاة ،  
والله أعلم ، وفى التصرية لغة التصوية بدل الرأء واو ، قال الهروى :  
التصوية والتصرية واحد • وهو أن تصرى الشاة أى تحفل ، قال  
يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن أبى الحجاج المقدسى فيما علقه  
من كتاب التنبيه على تصحيح أبى عبيد الهروى فى كتاب الغريبين  
تخريج ابن ناصر : قال الحافظ : هكذا رأيت فى عدة نسخ : يصير الشاة  
بغير ياء ، والصواب أن يصرى بإثبات الياء بعد الرأء من حديث  
الناقة •

( غامأ ) قوله : أن يصير فمعناه أن يشدد ، وذلك يجوز • ولم  
ينه عنه النبى صلى الله عليه وسلم ( قلت ) ولم أره فى الغريبين الا بالراء  
والياء كما نقلته • فلعل النسخ التى وقعت لابن ناصر كانت مصحفة ،  
ولو كان الأمر عنى ما وقع له من النسخ لكان ذلك قريبا من المعنى  
المنسوب للشافعى • وقد تقدم الكلام فيه •

وما اعترض به من أن النهى لم يرد عن الصر ، فجوابه أن المراد أن يكون ذلك لأجل البيع على وجه الغش والخديعة ، كما دلت عليه رواية المزني المتقدمة وكلا الأمرين الصر والتصرية حرام اذا قصد به ذلك ، وجائز اذا لم يقصد به ، ولم يترتب عليه خديعة ولا ضرر بالحيوان ، لكن الحكم المذكور من الرد وثبوت الخيار انما يكون في حالة يحصل فيها اجتماع اللبن لا في الصر المجرد لفهم المعنى ، والله أعلم .

واللقحة — بكسر اللام وفتحتها — والكسر أفصح ، وجمعها لقح مثل قربة وقرب وهي الناقة القرية العهد بالولادة نحو شهرين أو ثلاثة ، والمحفلة هي التي حفل اللبن في ضرعها وهي المصرة ( وقوله ) بخير النظيرين هو امساك المبيع أو يرده أيهما كان خيرا له فعله ( والحلاب ) هو الاناء يملؤه قدر حلبه ناقة ، ويقال له المقلب أيضا ، وبعضهم يطلق فيقول : الحلاب الاناء الذي يحلب فيه الألبان ويطلق على المقلب وهو اللبن كالحراف لما يحترف .

وقال أبو عبيدة : انما يقال في اللبن الاحلابة والمشهور عند العلماء أن المراد بالحلاب في الحديث وكذلك الحلبة في بعض روايات الحديث اللبن نفسه ، ومن الظاهرية من امتنع من ذلك ، ورأوا أن هذا من المجاز الذي لم يدل نص على ارادته ، وسيقع الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى في الفصل الثاني عند قول المصنف : بدل اللبن التمر والحنطة والطعام في بعض روايات الحديث .

وان كان مطلقا فالمراد به التمر ، واستدلوا على ذلك بأمرين ( أحدهما ) أنه كان الغالب على أطعمتهم ( والثاني ) لأن معظم روايات الأحاديث انما جاءت « وصاعا من تمر » ويحتمل وجها ثالثا من الاستدلال ، وهو حمل المطلق على المقيد وليس من شرط ذلك أن يكون هو الغالب ولا أن يترجح روايته ، هذا ما في حديث الكتاب وطرقه من اللغة ، وتبويب المصنف المتصود به ذكر الأسباب المثبتة لخيار النقيصة ، وهو ما ثبتت بفوات أمر مظلون ينشأ فيه من تغيير فعل كالتصرية ، أو نص عرفي كالعيب فان العرف يقتضى السلامة أو التزام شرطي كشرط الكتابة ونحوه اذا خرج بخلافه .

وقد ضمن المصنف هذا الباب هذه الأقسام الثلاثة على هذا الترتيب ، وقدم التصرية لأنها المنصوص عليها ، وذكر الرد بالعيب بعد ذلك ، وقاسه عليها ، كما سيأتى فى كلامه ، وقد أورد فيه حديثا نصا سنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ثم ذكر بعده خيار الخلف الذى يثبت بفوات الالتزام الشرطى وجعل مؤخرا عن الرد بالعيب ( اما ) لأنه ورد فيه حديث أيضا أعنى الرد بالعيب ، واما لأن الرد بالعيب أكثر وقوعا ، وان كانا جميعا ثبتا بالقياس على التصرية كما اقتضاه كلام المصنف ، ولولا التصرية ورد فيها النص لكان يقتضى أن يقدم الالتزام الشرطى عليهما . لأن الملتزم بالشرط أكد من حيث المعنى من الملتزم بالعرف أو بقريئة الحال ولذلك قال الغزالى : ان الالتزام الشرطى هو الأصل وما عداه ملحق به ، يشير الى هذا المعنى ، فكان ذلك كنص فى فرع ليس فيه الا أصل واحد ، فانه يتبين بذلك حكم ذلك الأصل ، ويصح أن يقال : ان حكم الفرع مأخوذ من ذلك الأصل وان كان منصوحا ، وهذا المعنى ذكره القاضى حسين فى نص الشافعى على فرع يكون بهذه الصفة .

( وأما ) اقتصار المصنف فى الترجمة على المصراة والرد بالعيب وسكوته على خيار الخلف ، وان كان الخلف ليس بعيب ، ولكنه فوات فضيلة فلاجل استوائها فى النقص فيه بأحدهما على الآخر ، ولأن التصرية والرد بالعيب فرعان لأصل بالمعنى الذى لحظه الغزالى كما تقدم ، فذكرهما فى الترجمة منبه على أصلهما بطريق أولى ، ووضع المصنف هذا الباب لأنه فرع من الأبواب المتضمنة لشروط العقد مطلقا فى باب ما يجوز بيعه وشروطه فى الربويات وبيع الثمار أخذ فى أسباب الفسخ واستدراك ما يقع فى البيع من العيب بالفسخ أو بالأرث ، وقول المصنف « أو بقرة » ليتبين أن الحكم غير مقصور على الابل والغنم اللذين ضمنهما الحديث الذى ذكره ، بل هو شامل اما بالقياس اذا اقتصر على الحديث الذى أورده المصنف ، وذلك من باب الأولى ، لأن لبن البقر أغزر وأكثر بيعا من لبن الابل واما بالنص ، فان فى الروايات الصحيحة التى تقدمت « من اشترى مصراة » .

وقال بعض شارحى التنبيه : ان ذلك للرد على الظاهريين الذين

خصوا الحكم بالمنصوص عليه من الابل والغنم ، وهذا الذي نقله عن  
الظاهريين نقله القاضي أبو الطيب وغيره من أصحابنا عن داود ،  
فصرح ابن المغلس وابن حزم الظاهريان بأن شمول الحكم تمسكا  
بالنص العام وهو قوله « من اشترى مصراة » ولم يحكما في ذلك  
خلافنا ، وهو اللائق بمذهبهم أخذا بعموم الخبر ، ولا يجب تقييد  
أحد الخبرين بالآخر ، لأن ذلك انما يكون في المطلق ، والخبر ههنا  
عام لصيغة « من » .

لكن يعرض ههنا بحثان ( أحدهما ) أن هذا الخبر الذي فيه  
« من اشترى مصراة » من رواية ابن سيرين عن أبي هريرة كما تقدم ،  
وقد تقدم من روايته أيضا « من اشترى ثاة مصراة » ، وهذه  
الرواية فيها زيادة ليست في الأولى ، وزيادة العدل مقبولة ، فيجب  
العمل بها وعدم القول بالعموم ، فان الحديث واحد ومخرجه واحد ،  
ووجه ادراك الصواب في هذا البحث أنا نظرنا الرواية العامة المذكورة  
التي ليست فيها الزيادة وهي قوله « من اشترى مصراة » فوجدناها  
من رواية سفيان بن عيينة عن أيوب عن ابن سيرين . وذلك في مسلم ،  
ومن رواية هشام بن حسان عن ابن سيرين ، وذلك في ابن ماجه  
بسند صحيح ، ومن رواية قره بن خالد عن ابن سيرين ، وذلك في  
الترمذي بسند صحيح ، وعن رواية محمد بن زياد عن أبي هريرة  
وذلك في الترمذي بسند صحيح ، ومن رواية موسى بن يسار عن  
أبي هريرة ، وذلك في النسائي .

ونظرنا الزيادة فوجدناها من طرق ( منها ) عبد الوهاب عن أيوب ،  
وفيها « من اشترى من الغنم » وهذا اختلاف عن أيوب عن سفيان  
وعبد الوهاب ، والراوى عنهما شخص واحد ، وهو العدني ( ومنها )  
قره عن ابن سيرين وفيها « من اشترى ثاة مصراة » وهذا اختلاف  
عن قره أيضا وكذلك موسى بن يسار واختلف عنه أيضا ، واختلف  
أيضا عن هشام بن حسان وكلا السندين اليه على شرط الصحيح ،  
فلما رأينا هذه الروايات والاختلاف نظرنا ما يقتضيه النظر في  
ذلك فقلنا : جميع أصحاب أبي هريرة الذين ذكرناهم ههنا اختلف  
عنهم في ذلك الا محمد بن زياد والشعبي فانه لم يختلف منهما فيما

علمنا ، ولم يرد عنهما الا الصيغة العامة ، والا ثابت مولى عبد الرحمن فلم يرد عنه الا الطريق المثبتة الزيادة وهى قوله « من اشترى غنما مصراة » فقد يقال : ان كل واحد من التسعى ومحمد بن زياد أجل من ثابت مولى عبد الرحمن ، وسفيان بن عيينه عن أيوب عن ابن سيرين أجل وأحفظ وأتقن ممن خلفه ، فتقدم رواية العموم لذلك •

وقد يقال : ان جانب الزيادة هنا ورد من طرق صحيحة ، واحتمال النقص فى رواية المتبث المتقن أولى من احتمال الخطأ والوهم بالزيادة فى حق الثقة ، والذي أقوله ان الحكم بالخطأ على راوى الزيادة ههنا بعيد ، فالأقرب أن تجعل الروايتان ثابتتين ، ولعل النبى صلى الله عليه وسلم تكلم بهما مرتين فرواهما أبو هريرة كذلك ويكون ذكر الغنم فى إحدى الروايتين على سبيل المثال ولو كان الحكم مقصورا عليه لما ذكر فى الابل ، وقد صح فى الابل من حديث الأعرج عن أبى هريرة •

( والبحث الثانى ) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبى صلى الله عليه وسلم فمفهوم الرواية التى فيها التقييد لم لا يخص به عموم الرواية الأخرى كما مثله فى قوله « اذا أفضى أحدكم بيده الى فرجه » مع قوله « من مس فرجه » حيث خصوا عموم الثانى بمفهوم الأول ، فلا ينتقض بغير الافضاء الذى هو المس بباطن الكف • وذلك ههنا ( اما ) من مفهوم الشرط لقوله « من اشترى » ( واما ) من مفهوم الصفة لقوله « من اشترى من الغنم » وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء ( منهم ) الشافعى والمفهوم يخص به العموم كما قلنا فى المس •

( والجواب ) عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعف بثبوت الحكم المذكور فى الابل صريحا بحديث الأعرج عن أبى هريرة ، ويفهم المعنى من ذلك بخلاف الأحاديث ، فان مبناها على التعبد ، فهذان الأمران أضعفا اعتبار المفهوم من قوله « من اشترى شاة » وقوله « من اشترى من الغنم » والثانى وحده يضعف اعتبار المفهوم من قوله « اذا اشترى أحدكم نعجة أو شاة » وأما الظاهرية فانهم غير قائلين بالمفهوم ، فلا يرد عليهم ، ويحتجون بالعموم لثبوته على ما تقدم ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

وقول المصنف « ولم يعلم أنها مصراة » شرط لا بد منه على أحس الوجهين عند الجمهور . منهم القاضي أبو الطيب . وفيه قول آخر مشهور في المذهب أن الخيار يثبت وإن كان المشتري عالما بالتصرية حين العقد ، ويعبر عن الوجهين بأن هذا الخيار هل هو خيار عيب أو خيار ثابت بالشرع ؟ وبناهما الرافعي وغيره على أن الخيار هل يمتد ثلاثة أيام أو يكون على الفور ؟ ( فان قلنا ) بالأول ثبت مع العلم . والا فلا ، وسيأتى الوجهان في كونه على الفور أو إلى ثلاثة أيام في كلام المصنف إن شاء الله تعالى ( والصحيح ) عند الرافعي ومن وافقه أن ذلك على الفور ، فالبناء حينئذ متجه .

( والمختار ) أن يمتد ثلاثة أيام كما سيأتى إن شاء الله تعالى تقريره . والجمهور هنا أن متى علم المشتري بالتصرية حالة العقد لا يثبت الخيار ، وأن ذلك خيار ثبت لأجل النقص . ومن العجب أن الظاهرية لم يثبتوا الخيار هنا في حالة العلم ، ويحتاجون إلى دليل في ذلك بأن اللفظ متأول ، وما ادعينا نحن من ظهور المعنى وفهمه هم لا يعتبرونه .

وقوله « فهو بالخيار . . الخ » هذا هو الحكم المقصود من هذا الفصل ، ومن قال به من الصحابة عبد الله بن مسعود وأبو هريرة من فتياه ، صح ذلك عنهما ولا مخالف لهما من الصحابة ، ونقل العبدري القول به أيضا عن ابن عباس وابن عمر وأنس . ومن قال به من الفقهاء بعدهم الشافعي ومالك والليث وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وأبو يوسف وزفر ومسلم بن خالد الزنجي وأبو عبيد وجمهور أهل الحديث .

( واتفق ) جميع أصحابنا على ذلك تبعا لأمامهم ، وخالف في ذلك أبو حنيفة ومحمد ، ورويت رواية غريبة بذلك عن مالك ، ذكر العتبي من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر » فقال سمعت ذلك وليس بالثابت ولا الموطأ عليه ، ولئن لم يكن ذلك أن له اللبن بما علف وضمن ( قيل ) له : نراك تضعف الحديث ( فقال ) كل شيء يوضع موضعه وليس بالموطأ ولا الثابت وقد سمعته . قال ابن عبد البر :

هذه رواية الله أعلم بصحتها عن مالك وما رواها عنه الا ثقة ، ولكنه عندي  
اختلاف من رأيه •

( قلت ) وان صحت هذه الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله  
« ليس بالثابت » على الحكم لا على الحديث ، فانه صحيح عنده  
بلا اشكال ، وقد أودعه الموطأ المشهور عنه خلاف هذه الرواية ،  
فالقول بمقتضى الحديث •

وقال ابن القاسم : قلت لمالك : أتأخذ بهذا الحديث ؟ قال :  
نعم ، قال مالك : أو لاحد في هذا الحديث رأى ؟ قال ابن القاسم :  
وأنا أخذته ، الا أن مالكا قال لى : أرى لأهل البلدان اذا أنزل بهم هذا  
أن يعطوا الصاع من عيشهم ( قال ) وأهل مصر عيشهم الحنطة وقال  
ابن عبد البر فى التمهيد : ان الصحيح عن مالك ما رواه ابن القاسم ،  
وان رواية أنهب منكرا • والله أعلم أما الاستدلال فدلينا فى المسألة  
الأخبار المتقدمة وهى صريحة فى المقصود ، والمعنى فى ذلك صحيح  
مستقيم غير خارج عن الأصول ، على ما سنبين فى أجوبة المخالفين  
ان شاء الله تعالى •

ومن القياس على ما لو باع طاحونة حبس ماؤها زمانا ثم أرسله  
حالة البيع فظن المشتري أنه أبدا كذلك ، ثم علم ، فانا أجمعنا على  
ثبوت الخيار •

واعتمد المخالفون فى الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع  
الى طريقتين طريقة الرد وطريقة التأويل ، الأول أن هذا خبر واحد مخالف  
لقياس من الأصول المعلومة ، وما كان كذلك لم يلزم العمل به ، أما  
كونه مخالفا لقياس الأصول المعلومة فمن وجوه :

( أحدها ) أنه أوجب غرم اللبن مع امكان رده •

( وثانيها ) أنه أوجب غرم قيمته مع وجود مثله •

( وثالثها ) أنه جعل القيمة تمرا ، وهى انما تكون ذهباً أو ورقا •

( ورابعها ) أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبن ولا تنقص  
بنقصانه ، ومن حكم الضمان أن يختلف باختلاف المضمون فى الزيادة  
والنقصان •

( وخامسها ) أن اللبن أن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من المعقود عليه وذلك يمنع الرد ، وأن كان اللبن حادثا بعد الشراء فقد حدث على ملك المشتري فلا يضمه وإن كان مختلطا : فما كان موجودا منع الرد ، وما حدث لم يجب ضمانه •

( وسادسها ) اثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للأصول ، فإن الخيارات الثابتة بأصل الشرع من غير شرط لا تقدر بالثلاث •

( وسابعها ) يلزم من العمل بظاهره الجمع بين الثمن والمثمن للبائع في بعض الصور ، وهو ما إذا كانت قيمة الثاة صاعا من تمر ، فإنها ترجع اليه مع الصاع الذي هو مقدار ثمنها •

( وثامنها ) أنه مخالف لقاعدة الربا في بعض الصور ، وهو ما إذا اشتري ثاة بصاع فإذا استرد معها صاعا من تمر فقد استرجع الصاع الذي هو الثمن ، فيكون قد باع ثاة وصاعا بصاع ، وذلك خلاف قاعدة الربا عندكم ، فإنكم تمنعون مثل ذلك •

( وتاسعها ) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط ، لأن نقصان اللبن ليس بعيب ولا الرد به بدون التصرية •

( وعاشرها ) أن اللبن كالحمل لا يأخذ قسما من الثمن والا لجاز افراده بالعقد كالثمن ، وإذا لم يأخذ قسما من الثمن لا يضمن •

( وأما ) المقام الثاني وهو أن ما كان من أخبار الآحاد مخالفا لقياس الأصول المعلومة لم يجب العمل به فلان الأصول المعلومة مقطوع بها ، وخبر الواحد مظنون ، والمظنون لا يعارض المعلوم •

( العذر الثاني لكم ) أن هذا الحديث من أخبار أبي هريرة ، وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة والنار ( وأما ) في الأحكام فلا يقبل ، وتارة يقولون أنه غير فقيه والحديث مخالف للقياس ، والصحابة ينقلون بالمعنى ، ولا ثقة برواية غير الفقيه •

( العذر الثالث ) دعوى النسخ في هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة •

( المذر الرابع ) أن هذا حديث مضطرب لما وقع الاختلاف في الفاظه ، وهذه الأمور الأربعة لترك العمل به بالكلية .

( المذر الخامس ) في مخالفتهم نظاهر الحديث بتأويله واستعماله ، وحمله على ما إذا اشتراها فشرط أنها تحلب خمسة أرطال مثلا وشرط الخيار ، فانشرط فاسد ، فان اتفقا على إسقاطه في مدة الخيار مع العقد ، وان لم يتفقا بطل ( وأما ) رد الصاع ، فلأنه كان قيمة اللبن في ذلك الوقت .

والجواب في ذلك ( أما ) الأول فبالظن في المقامين جميعا ( أما ) قولهم انه مخالف لقياس الأصول فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول ومخالفة قياس الأصول : يخصص الرد بخبر الواحد المخالف للأصول لا المخالف لقياس الأصول وهذا الخبر انما يخالف قياس الأصول ، وقياس الأصول يترك بخبر الواحد لأنه أقوى منه ، ولهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه : ان القياس أن الأكل ناسيا يفطر ، ولكن ترك القياس بخبر أبى هريرة « أطعمه الله وسقاه » وقبل أبو حنيفة خبر أبى هريرة في جواز التوضيء بالنبيذ ، وخبر زاذان في إبطال طهارة المصلى بالقهقهة مع أنهما انما خالفا قياس الأصول ، ورد خبر التصرية وبيع العرية لأنهما خالفا أصول القياس عنده ، وصاحب هذه الطريقة ينازعه في ذلك ويقول : ان ذلك انما هو مخالف لقياس الأصول كالأول ، ومن سلك هذه الطريقة يسلم أن الحديث المذكور مخالف لقياس الأصول ( ومنهم ) من لا يسلم أن مخالفة الأصول أيضا قاذحة ، ويقول : أن ما ورد النص به فهو أصل بذاته ، لا يعتبر فيه موافقة الأصول كالدية على العاقلة ، والغرة في الجنين وغير ذلك ، وليس إبطال أصل لمخالفته أصولا أخرى بأولى من إبطال تلك الأصول لمخالفتها ذلك الأصل .

( والصواب ) العمل بها جميعا ، ويعتبر كل أصل بنفسه ، وصاحب هذه الطريقة يقول : انه لا فرق بين مخالفة قياس الأصول ومخالفة الأصول ، وكلاهما لا يوجب الرد ، والأحاديث التي ذكروها في التصرية والقهقهة وغيرها سواء في ذلك مع أن خبر التصرية أصح .

(واعلم) أن الأصول المختلف في رد الخبر بها هي المستنبطة التي تكون في نفسها محتمة (أما) الأصول المقطوع بها فنص الكتاب والنواتر والاجماع أو الأصول التي في معناها كتحريم الضرب المستفاد من تحريم التأنيف<sup>(١)</sup> فإذا ورد الخبر بخلافه رد ، ويعتقد أنه لم يصح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقول ما يخالف ذلك ، هكذا قاله الأستاذ أبو اسحاق الاسفرايني ، فهذان جوابان إجماليان عن دعوى مخالفة الأصول (ومنهم) من سلك في الجواب عن ذلك طريق التفضيل ، ويتبين أن ذلك ليس مخالفا لقياس الأصول من الوجوه التي ذكروها ، بل في الأصول ما يشهد له ويعاضده .

(أما) غرم القيمة مع إمكان الرد فإن رد اللبن في التصرية غير ممكن لوجهين :

(أحدهما) نقص قيمته وذهاب كثير من منافعه بطول المكث .

(والثاني) أن لبن التصرية قد خالطه ما حدث في الضرع بعده على ملك المشتري ، فلم يمكن رده مع الجهل بما خالطه .

(وعن الثاني والثالث والرابع) وهو غرامة القيمة مع وجود المثل ، وكونه تمرا وكونه مقدرا مع اختلاف قدره — ان كان مجهول القدر مجهول الوصف — جاز الرجوع فيه الى بدل مقدر في الشرع ، من غير مثل ولا تقويم ، وقد وجد ذلك في مواضع (منها) الحر يضمن بمائة من الابل (ومنها) الجنين يضمن بالغرة . ويستوى فيه الذكر والأنثى (ومنها) المقدرات من جهة الشرع في الشجاج كالموضحة<sup>(٢)</sup> مع اختلافها بالصغر والكبر (ومنها) جزاء الصيد فليس من شرط الضمان أن يكون بالمثل أو القيمة من النقيدين ، ولا من شرط المثل أن يضمن بالمثل ، والعدول في الأمور التي لا تتضبط الى شيء معدود ولا يختلف من محاسن الشرع قطعا للخصومة والتشاجر .

(١) لقوله تعالى : « فلا تكلل لهما أف » (الاسراء : ٢٣) فتحريم التأنيف يجعل الضرب من باب أولى فيستفاد من تحريم التأنيف ما هو أشد منه وأكثر أذى .

(٢) الموضحة التي توضح ما تحتها من العظم .

(المطيمي)

وهذه المصلحة تقدر على تلك القاعدة الكلية ، والتعسر غالب أقواتهم  
كما قدرت الدية بالابل ، لأنها غالب أموالهم •

( وعن الخامس ) وهو ايجاب الرد مع ما حدث في يد المشتري  
من النقص من وجهين ( أحدهما ) أن النقص حادث في اللبن دون الشاة ،  
وهو انما يرد الشاة دون اللبن ( والثاني ) أن النقص الحادث الذي  
لا يتوصل الى معرفة العيب الا به لا يمنع من الرد ، كالذي يكون مأكوله  
في جوفه اذا كسر •

( وعن السادس ) وهو أن خيار الثلاث من غير شرطه مخالف  
للأصول ، بأن الشيء انما يكون مخالفا لغيره اذا كان مماثلا له ،  
وخلف في حكمه ، وههنا الصورة انفردت عن غيرها بأن الغالب أن  
هذه المدة هي التي يتبين بها لبن الحلبه المجتمع بأصل الخلقة ،  
واللبن المجتمع بالتدليس ، فهي مدة يتوقف على العلم عليها غالبا  
بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فانه يحصل من غير هذه المدة فيهما ،  
وخيار المجلس ليس لاستعلام عيب ، وعلى أن لنا في تقييد خيار المصراة  
خلافا سيأتى ان شاء الله تعالى •

وانما جاء السؤال والجواب على ظاهر الحديث والوجه الموافق له •

( وعن السابع ) وهو لزوم الجمع بين البدل والمبدل من ثلاثة  
أوجه ، ( أحدها ) أن صاع التمر بدل عن اللبن لا عن الشاة ، فلا يلزم  
الجمع بين العوض والم عوض ( الثاني ) أن الحديث وارد على العادة  
والعادة أن لا تباع شاة بصاع ( الثالث ) أن ذلك غير ممتنع كما  
اذا باع سلعة بعبد ، قيمة كل منهما ألف ، ثم زاد العبد وبلغت قيمته  
ألفين ، ووجد المشتري بالسلعة عيبا فيردها ، ويسترجع العبد وقيمه  
ألفان ، وذلك قيمة الثمن والثمن •

( وعن الثامن ) وهو مخالفته لقاعدة الربا أن الربا انما يعتبر  
في العقود لا في الفسوخ ولا في ضمان المتلفات •

( وعن التاسع ) وهو اثبات الرد من غير عيب ولا شرط أن الخيار  
ثبت بالتدليس ، كما لو باع رحي دائرة بماء قد جمعه لها ، وكما  
لو سود الثسمر ، فان العيب انما أثبت الخيار ، لأنه يتقص الثمن  
به ، والتدليس كذلك ، ونحن نقول : ان هذا التدليس نفسه عيب •

( وعن العاشر ) وهو كون اللبن غير مقابل بقسط من الثمن بالمبيع ، وأن اللبن يقابله قسط من الثمن كاللبن في الاناء ( وقولهم ) لو قابله قسط من الثمن لجاز افراده بالعقد ، منقوض بأساس الدار وأطراف الخشب التي في البناء ، لا يجوز افرادها ، ويدخل فيه على سبيل البيع ويقابلها قسط من الثمن •

( وأما ) الحمل قلنا : فيه قولان ، فعلى قولنا بأنه لا يأخذ قسطا يفرق بينهما بأن الحمل غير مقدور على استخراج من الأم ، فهو بمنزلة اللحم المخلوق في الجوف بخلاف اللبن فإنه مقدور عليه ، فهذه الأجوبة دافعة لقولهم : انه مخالف لقياس الأصول •

ولئن سلمنا مخالفته لذلك ( فالجواب ) ما تقدم من أن المخالفة لا تضر لما تقدم ( وقولهم ) ان تقديم خبر الواحد على الأصول المعلومة فيه تقديم المظنون على المقطوع ممنوع ، فان تناول تلك الأصول لحل خبر الواحد غير مقطوع به ، لجواز استثناء محصل الخبر عن ذلك الأصل ، فان تلك الأصول عامة ، والخبر خاص ، والمظنون يخص المعلوم •

( وأما العذر الثاني ) وهو كونه من رواية أبي هريرة ، فلولا ذكره في الكتب والاحتياج الى الجواب ، لكننا نستحي من ذكره ، ونجل أبا هريرة أن يتكلم بذلك على سبيل الحكاية ، أو نسمعه في أحد من الصحابة ، وأبو هريرة من ثقته وأمانته وحفظه لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه وسلم بالمصل المعلوم ، ودعا له النبي صلى الله عليه وسلم أن يحبه الله وأمه الى كل مؤمن ومؤمنة ، وروى عن عثمان أنه قال له حين روى لهم « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » حفظ الله عليك دينك كما حفظت علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم • وقضائل أبي هريرة ومناقبه مشهورة ، والمخالفون في حكم هذه المسألة انما يتعللون بظنهم أنه ليس بفقيه ، وهذا ليس بصحيح ، فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمله على البحرين ولم يكن عمر رضى الله عنه ليولى غير فقيه ، وكان أبو هريرة على المدينة في خلافة معاوية • أترى كان يحكم بغير فقه ؟ •

وقد نقلت عنه فتاوى . وقد روى عبد الرزاق في مصنفه عن  
 حمير بن راشد عن يحيى ابن أبى كثير عن محمد بن عبد الرحمن  
 ابن ثوبان « أن رجلا من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ،  
 فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة ، فقال ابن عباس : احدى  
 العضلات يا أبا هريرة ، فقال أبو هريرة : واحدة تبينها وثلاث تحرمها ،  
 فقال ابن عباس زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها أو كلمة تشبهها  
 يعنى أصاب » ففتياه بحضرة ابن عباس وقول ابن عباس في ذلك  
 دليل أيضا على فقهه ، ولو فرضنا وحاش لله أنه غير فقيه فاشتراط  
 الفقه تحكم لا دليل عليه مع عدالة الراوى وضبطه وفهمه الذى  
 يمنع من احالة المعنى ، ثم ان المخالف قبل خبر أبى هريرة في مواضع  
 من جملتها في النهى عن الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة  
 وخالتها ولم يرو هذا الحديث من طريق صحيحة غير طريق أبى هريرة  
 وقد روى من جهة غيره بطريق ضعيفة ، فقبلوا خبره في ذلك وهو مخالف  
 لعموم الكتاب قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » (١) فأيهما  
 أعظم ؟ مخالفته لعموم الكتاب ؟ أو مخالفته لقواعد متنازع في  
 عمومها ؟ ومخالفته للقياس المتأخر عن الكتاب بمراتب ؟ .

ثم ان حديث المصراة قد روى من غير طريق أبى هريرة كما  
 تقدم ، ومن جملتها طريق عن ابن مسعود ، الامام المجمع على  
 فقهه وعلمه ، وان كنا قد رجحنا فيما تقدم أنه موقوف على ابن مسعود ،  
 كما هو في صحيح البخارى ، لكن طريق الرفع أيضا جيدة ، وعلى طريق  
 كثير من الفقهاء غير المحدثين لا يبعد تصحيحها وقد روى رفعه  
 من غير طريق الاسماعيلي المتقدمة . ذكرها الماوردى عن أبى عثمان  
 النهدي عن عبد الله بن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذه  
 اذا صح فيها الرفع طريق قوية جدا ، هذا مع متابعة الروايات  
 المتقدمة مع ملاحظة الوجوه المتقدمة ، المبينة أن ذلك غير خارج عن  
 القياس ، وان لم يصح طريق الرفع في رواية فكونه من كلامه  
 صحيح بلا اشكال ، وقول الصحابى عندهم حجة لاسيما ابن مسعود ،  
 وطريق فقهم ترجع اليه ، فان لم يكن ههنا حجة فلا أقل من أن يكون

(١) النساء : ٢٤ .

عاضداً للحديث أبى هريرة على زعمهم ( وأما ) نحن فلا نقول : ان الحديث يحتاج الى شيء يعضده ، والله أعلم .

( وأما الاعتذار الثالث ) وهو دعوى النسخ فذلك من أضعف الاعتذارات لأنه دعوى نسخ بالاحتمال من غير دليل .

( وأما الاعتذار الرابع ) بالاضطراب فان الألفاظ المختلفة التي وردت منها ما سنده ضعيف فلا اعتبار به ، ومنها ما هو صحيح لا مناهة فيه ، والألفاظ التي صحت كلها لا تناقض فيها ، بل الجمع بينها ممكن ظاهراً .

( وأما الاعتذار الخامس ) واستعمالهم للحديث على وجه الاشتراط فذلك لا يصح لأربعة أوجه ( أحدها ) أن النهي عن التصرية وما ذكره معه يقتضى تعليق الحكم بالتصرية ، وما استعملوه عليه يقتضى تعليق الحكم بفساد الشرط ، فصار ذكر التصرية لغواً ( الثانى ) أنه جعل الرد للمشتري وحده ، ولو كان لأجل الشرط لكان لهما لأن البيع حينئذ يكون فاسداً ، قاله الماوردى وغيره ، وفيه نظر ، فانه إذا شرط في الشاة المبيعة أنها تحلب مقداراً فنقصت عنه فانما يثبت الرد للمشتري لا للبائع ، وذلك على وجه سيأتى في كلام المصنف بصحة البيع ( والشرط الثالث ) أنه جعل الرضا موجبا للامضاء ، والسخط موجبا للفسخ والرد ، ولم يجعله متعلقاً باسقاط الشرط ( والرابع ) أنه أوجب فيه رد صاع من تمر ، واسقاط الشرط لا يوجب رد صاع من تمر ، قال هذه الأوجه الماوردى رحمه الله ، وأقواها الوجه الأول لكماله هو دون غيره . فقد بان بحمد الله تعالى صحة ما ذهبنا إليه وجمهور العلماء واندفع ما تعلق به الخصم في دفع ذلك .

( وأما ) أن القياس هل هو معاضد للحديث فجماعة يدعون ذلك ويثبتونه بما علم في الأجوبة المتقدمة ، وبعضهم يأبى ذلك ، ويروى الاستناد في ذلك الى الحديث ، ويجعل الأجوبة المذكورة لدفع الاعتراضات فقط ، قال الغزالى فى المسأخذ : والانصاف أولى من العناد ، ونحن نعلم أن حديث المصرة لو لم يرد لكتنا لا نثبت الخيار : وقد سلم ما وجد حالة العقيد ، ولم يتخلف الا منفعة فى المستقبل ، فالاعتماد على الحديث وهو صريح لا تأويل له ، والله أعلم .

وقول الغزالي هذا أنه لو لم يرد الحديث لكنا لا نثبت الخيار لا يضرنا فيما قدمناه ، فانا قد لا نسلم ذلك وندعى ثبوت الخيار كالعيب والشرط ، ولو سلمنا فحيث ورد الحديث فهو العمدة مع فهم المعنى فيه ، وأن ما اشتمل عليه من الأحكام من محاسن الشرع كما تقدمت الإشارة إليه . وهذا الذي قاله الغزالي خالف فيه الامام . فانه قال في النهاية : ان قاعدة مذهب الشافعى تدل على أن ثبوت الخيار جار على القياس . وذكر بيان ذلك بمسألة تجعيد الشعر وتلطيف الثوب بالمداد وشبه ذلك عند الكلام في هذه المسائل ان شاء الله تعالى ( أما ) رد الصاع فالامام موافق على أنه خارج على القياس ، والله تعالى أعلم . وقد ذكر القاضى أبو الطيب عن أبي عبيد القاسم ابن سلام أنه قال في كتابه المسمى بالحجر والتفليس : ناظرت محمد ابن الحسن واحتججت عليه بحديث أبي هريرة « وأيما رجل مات أو أفلس » فقال : هذا من أخبار أبي هريرة ، فكان ما هرب اليه أشد عليه مما هرب منه .

قال القاضى أبو الطيب : فان قال — يعنى الذى رده — انه يكثر الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم ( فالجواب ) أن ذلك يوجب قبوله ويؤكد لزومه ، وغزارة حفظه وسعة علمه ، وكان الشيخ أبو محمد الباقي<sup>(١)</sup> يجيب عنه بقول البحترى :

إذا محاسنى اللاتى أدل بها صارت ذنوبى فقل لى كيف أعذر ؟ وأبو هريرة نفسه قد أجاب عن اكثار الحديث ، فانه كان يلزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ودعا له النبى صلى الله عليه وسلم بالحفظ .

( فرع فى علة هذا الخيار ) وجهان ( أحدهما ) التدليس الصادر من البائع ( والثانى ) الضرر الحاصل للمشتري باخلاف ما وطن نفسه عليه ، ويظهر أثر الوجهين فيما لو تحفلت بنفسها أو صرھا غيره بغير اذنه ( والأصح ) عند صاحب التهذيب ثبوته ، وبه قطع القاضى حسين وقطع الغزالي بخلافه فى الوجهين فيما اذا تحفلت

(١) عبد الله بن محمد الخوازمى أبو محمد المافى .

بنفسها . وفى الوسيط حكى الوجهين ، وجعل الأولى عدم الثبوت  
وحقيقة الوجهين ترجع الى الحاق خيار التصرية بخيار العيب أو  
بخيار الخلف المجمع على كل منهما ( فرجح ) البغوى والقاضى حسين  
الأول ، وهو مقتضى كلام الماوردى والعراقيين ، ممن صرحوا أن  
التصرية عيب ، وكذلك يقتضيه كلام الشافعى فى الأم فإنه قال : « فإذا  
حلبها ثم أراد ردها بعيب التصرية » وقال أيضا : « فإن رضى الذى  
ابتاع المصراة أن يمسكها بعيب التصرية » ورجح الغزالى الثانى .  
وتبعه عبد الغفار القزوينى فى حاويه .

( والمراد ) بتحفلها بنفسها أن يترك صاحبها حلبها أياما من  
غير شد لا عن قصد بل نسيانا أو لشغل عرض ، فإن اللبن يجتمع  
فى ضرعها اذا لم يصل اليها ولدها أو يتفق شد أخلافها لحركتها  
بنفسها لا بصنع آدمى ، ولو ترك صاحبها حلبها ثلاثة أيام من غير  
شد الأخلاف لقصد غزارة اللبن ليراه المشتري فهو فى معنى الشد  
بلاخلاف .

قال ابن الرقعة : ولهذا قال بعض الشارحين : وليس شد  
الأخلاف شرطا بل هو الغالب وانما المعتبر أن يترك حلبها قصدا  
( قلت ) وذلك داخل تحت الحديث على تفسير أبى عبيد ، وقد تقدم  
التوفيق بينه وبين تفسير الشافعى والتي صراها أجنبى بغير اذن  
البائع لا شك أنها داخلة تحت اسم المصراة عليها ، وإن لم يصح  
اطلاق اسم المصراة عليها فهمى كهى فى المعنى من جهة الظن الناشئ من  
رؤيتها ، فظن السلامة فى غيرها .

وأما الحاق ذلك بالخلف جعل ذلك كالالتزام فبعيد ، ولو صراها لا  
لأجل الخديعة ثم نسيها فقد حكى الشيخ أبو الفتح القشيرى المشهور  
بأبن دقيق العيد عن أصحابنا فيه خلافا : ولم أر ذلك فى كلامهم صريحا ،  
لكنه يتخرج على أنا هل ننظر الى أن المأخذ التدليس ؟ أو ظن  
المشتري ؟ .

فعنى الأول لا يثبت الخيار . لأنه لم يقصد الخديعة والتدليس ،  
وعلى الثانى يثبت لمصصول الظن ( والراجع ) من ذلك ثبوت الخيار

نظرا الى المعنى وفوات ما خفنه المشتري ، ولو شدد أخلافا شمسدا لصيانة ابنها عن ولدها فقط ، قال ابن الرفعة : فهو بلا شك كما لو تحفلت بنفسها .

( قلت : ) وهى كالمسألة التى حكاها الشيخ أبو الفتح عن أصحابنا لكن فى تلك الزيادة النسيان ، وهو ليس بشرط ، فانه اذا كان القصد صحيحا لم يحصل تدليس وخديعة وليس لقائل أن يقول : ان التدليس حاصل بعدم تبينه وقت البيع ، وهو عالم به ، لأن هذا المعنى حاصل فيما اذا تحفلت بنفسها وباعها وهو عالم بالحال لا فرق بين المسألتين ، وابن الرفعة سقط عليه من كلام القشيري ، فنقل المسألة عنه على أنه صراها لأجل الخديعة ثم نسيها ، ثم اعترض بأنه ينبغي أن يكون هذه من صور الوفاق ، وهذا الاعتراض — لو كان الأمر كما نقله — صحيح لأنه حينئذ يكون قد حصل التدليس والظن ولا يفيد توسط النسيان ، فاذن المسألة ذكرها ابن الرفعة وخرجها على ما اذا تحفلت بنفسها ، والمسألة التى نقلها القشيري واحدة والمسألة التى نقلها ابن الرفعة عن القشيري بحسب النسخة التى وقعت له غلطا مسألة أخرى ينبغي الجزم بالخيار فيها ، فلذلك ذكرت المسألتين وأوجبت التنبيه عليهما ، لأنهما ليسا فى كلام الأصحاب مريحا ميماء علمت ، والله أعلم .

( فرع ) لا خلاف أن فعل التصرية بهذا القصد حرام لما فيها من الغش والخديعة ، والخداع محرم فى الشريعة قطعا ، وهل يختص اثم فاعله بحالة علم التحريم أو لا ؟ لأنه ظاهر المفسدة ، قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون الكلام فيه كما فى النجش ( قلت ) والذى اختاره الراعى فى النجش تخصيص معصية الناجش ممن عرف التحريم بعموم أو خصوص ، وحكى البيهقى من كلام الشافعى ما يقتضى ذلك ، والله أعلم .

وهذا الذى ذكرت من نفي الخلاف فى تحريم التصرية هو المشهور بين أصحابنا وغيرهم وحكى الشيخ أبو حامد صاحب العدة عن أبى حنيفة جوازه ، ولو حصلت التصرية لغير قصد البيع فقد رأيت فى كلام بعض الأصحاب أنها حرام ، وينبغى أن يحمل ذلك على ما اذا كانت

تضر بالحيوان ، أما اذا لم يحصل ضرر بالحيوان ولا يلتبس على أحد فلا معنى للتحريم ، وبعض الأصحاب الذى أشرت اليه هو صاحب التتمة ، فانه لما تكلم فى لباس العبد ثوب الكتان فرق بينه وبين التصرية ، قال : لباس ثوب الكتان من غير قصد البيع ممنوع بالشرع ، بل للسيد أن يلبس عبده كل ما يحل لبسه ، وأما ترك حلب اللبن من غير قصد اللبن ممنوع عنه بالشرع ، ويجب حمل ذلك على ما ذكرته .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

(واختلف أصحابنا فى وقت الرد فمنهم من قال : يتقدر الخيار بثلاثة أيام فان علم بالتصرية فيما دون الثلاث كان له الخيار فى بقية الثلاث للسنة ( ومنهم ) من قال : اذا علم بالتصرية ثبت له الخيار على الفور فان لم يرد سقط خياره لأنه خيار ثبت لنقص فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ) .

( الشرح ) الذى قال بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو القاضى أبو حامد المروذى وعليه نص الشافعى فى اختلاف العراقيين فى باب الاختلاف فى العيب فى الجزء الخامس عشر من الأم ، قال : من قبل أن المصراة قد تعرفت بتصريتها بعد أول حلبة فى يوم وليلة وفى يومين ، حتى لا يشك فيها ، فلو كان الخيار انما هو ليعلم استبانة عيب التصرية أشبه أن يقال : الخيار حتى يعلم أنها مصراة قل ذلك أو قصر كما يكون له الخيار فى العيب اذا علمه بلا وقت قل ذلك أو قصر ، ونقله الرويانى عن نصه فى الاملاء أيضا ، ونقله الجورى وابن المنذر من كلام الشافعى صريحا ، ولم يذكر الجورى غيره وهو الصحيح عملا بالحديث ، ويقتضى ايراد الرويانى فى البحر وابن سراحة فى بيان ما لا يشيع جهله والشاشى فى الحلية ترجيحه وهو الذى قاله الغزالى فى الخلاصة ، وقطع به القشيرى والماوردى مع احتمال فى كلامه . والخيار على هذا القول يكون خيار تروية كخيار الشفعة على قول وكخيار الشرط .

( والثانى ) وهو أنه على الفور على قول أبى على ابن أبى هريرة فيما نقله الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وصححه

الفارقي تلميذ المصنف والبغوى في التهذيب والرافعى والخوارزمى  
في الكافي وابن أبى عسرون في الانتصار .

وقال الرويانى في الحلية : انه القياس والاختيار : وهذان الوجهان  
متفقان على جواز الرد اذا اطلع على التصرية في الثلاث ، وانما الخلاف  
بينهما في كونهما على الفور أو يمتد الى آخرها ، وفي المسألة وجه  
ثالث قاله أبو اسحاق أنه لا يرد قبل انقضاء الثلاث ولا بعدها أيضا  
وانما له الرد عند انقضاء الثلاث وهذا الوجه بعيد ، وهكذا حكاه  
الرويانى والبندنجى ، وسيأتى في آخر المسألة تنبيه على ما يتعلق  
بتحرير هذه الأوجه .

واعلم أن بين الأوجه الثلاثة اشتراكا واختراقا والوجه الأول والثالث  
يشتركان في اعتبار الثلاث في التصرية فهي ثابتة بالشرع من غير شرط  
ويفترقان ، فأبو اسحاق يقول : المقصود بها الوقوف على عيب  
التصرية فانه لا يظهر بحللة ولا بحللتين فاذا حصلت الحللة الثالثة  
عرف الحال ، وكان الرد حينئذ الرد بالعيب على الفور . وأبو حامد  
يجعل الخيار في الثلاث كالخيار الثابت بالشرط ، ويدل له قوله صلى  
الله عليه وسلم : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » جعل الثلاثة ظرفا للخيار ،  
وهو مخالف لما يقوله أبو اسحاق ، وكلا الوجهين مبين لقول  
ابن أبى هريرة ، فان ابن أبى هريرة يقول : ان الخيار ثلاثة أيام .  
انما يثبت بالشرط ويحمل الحديث على ذلك ، والتصرية موجبة للخيار  
على الفور ، لأنها عيب من العيوب ، فبين قول ابن أبى هريرة .  
وقول أبى اسحاق اشتراك في جعل خيار التصرية خيار عيب ثبت  
على الفور ، واختراق في أن ابن أبى هريرة لا يعتبر الثلاث عند عدم  
الشرط أصلا ، وأبو اسحاق يعتبرها ، ولذلك فانه اذا اطلع على التصرية  
بعد الثلاث ثبت له الخيار على الفور عند ابن أبى هريرة ولا يثبت  
عند أبى اسحاق .

وتأويل ابن أبى هريرة للحديث على الاشتراط لا دليل عليه .  
وقول أبى حامد وابن أبى هريرة متباعدان جدا ، لكن بينهما اشتراك  
واحد في جعل الخيار في الثلاثة الأيام في صورة الشرط ، وتلخيص  
هذا أن خيار التصرية عند أبى حامد خيار شرع ، وعند أبى اسحاق

وابن أبى هريرة خيار عيب ، وخيار الثالث عند أبى حامد بالشرع .  
وعند ابن أبى هريرة بالشرط ، وعند أبى اسحاق بالعيب .

( وأصحهما وأوفقهما ) للحديث ولنص الشافعى قول أبى حامد .  
والأصحاب نقلوا عنه أنه حكى ذلك على اختلاف العراقيين ، وقد رأيت  
فيه كما حكاه . وقد قدمت من حكاه أيضا .

ولأجل ذلك صححت هذا القول وخالفته الراعى رحمه الله فى  
التصحيح ، فانى رأيت أكثر الأصحاب ممن حكى الخلاف لم يصح  
شيئا ، والذين صححوا قد ذكرتهم ، وهم مختلفون فى التصحيح ،  
وليس يترجح أحد الجانبين على الآخر بكثرة ، والرافعى تبع  
فى ذلك البغوى ، وهو معارض بالصيمرى والجورى ، ومعناه الدليل  
من الحديث ، ونص الشافعى ، واعتذر البغوى عن الحديث بأنه  
بنى الأمر على الغالب لأن الغالب أنه لا يقف على التصرية قبل ثلاثة  
أيام ، ويحمل نقصان اللبن فى اليومين على تبدل المكان وتساوت  
العلف وغير ذلك ، وهذا الاعتذار يوافق قول أبى اسحاق .

وأما ما قاله صاحب التهذيب من أنه ثبت الخيار على الفور  
إذا اطلع قبل مضى الثلاث فلا يناسب ذلك ، ولو كان الحديث على  
الغالب لقال : « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاذن هذا العذر مع تصليح  
هذا الوجه لا يجتمعان اجتماعا ظاهرا ، لكن ههنا تنبيهات .

( أحداها ) ما يمكن أن يكون مستندا لأبى اسحاق وابن  
أبى هريرة .

أما أبو اسحاق فيمكن أن يكون مستنده الحديث باللفظ الذى  
أورده المصنف رحمه الله ، وكذلك أورده جماعة من الأصحاب فى كتبهم  
الفقهية . وهو قوله : « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا »  
فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد بعد أن يحلبها ثلاث حلبات يثبت  
له الخيار ، فلا يكون له الخيار قبل انقضاء الثلاث لأن الحديث  
لم يدل عليه على هذا التقدير ، ولا يمتد بعد الثلاث ، بل يكون على  
الفور ، لأن الحديث على هذا التقدير انما دل على مطلق الخيار  
حينئذ فلا يمتد لأمرين ( أحدهما ) عدم الدليل عليه ، والأصل  
الملزوم ( والثانى ) القياس على ما سواه من العيوب .

لكننا قد بينا أن هذه الرواية لم تصح ولا رأيتها في شيء من الروايات فتعذر هذا البحث ، وبتقدير الصحة فذلك محتمل لاحتمال أن يكون ثلاثا متعلق بخير النظرين ، ويكون الحلب مطلقا غير مقيد بالثلاث ، ويؤيده الرواية التي فيها التصريح بأثبتات الخيار ثلاثا ، لكنى سأنبه في التنبيه الثاني على زيادة في ذلك ، فليكن المستند في رد ذلك عدم صحة الحديث •

وأما ابن أبي هريرة فمستنده أن التصرية عيب وخيار العيب على الفور ، فيحمل ورود الثلاث في الحديث على ما إذا شرط الخيار ثلاثا ، وهذا منه يشبه ما ذهب إليه الحنفية في بعض اعتذاراتهم عن الحديث ، وإن لم يكن موافقا فيما ذكروه في رد الصاع ، وقوة الحديث تقتضى أن ذلك ثابت بالتصرية لا بالشرط ثم يقال لابن أبي هريرة: أنت من الموافقين على العمل بالحديث وعدم الالتفات الى مخالفة القياس ، فليكن معمولا به في أن هذا الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، ولا يقاس على ما سواه من العيوب ، فإن هذا الدليل أخص من الدليل الدال على أن خيار العيب على الفور •

بل إن لم يكن في مسألة العيب اجماع ولا نص يقتضى الفور فاللائق أن يجعل الخيار فيه ثلاثا بالقياس على المصراة التي ورد فيها النص ، وإن كان فيها نص أو اجماع فهو عام ، وهذا خاص ، والخاص مقدم على العام ، فلا مستند حينئذ لهذا الوجه ، وهو الذي صححه البغوى والرافعى ، ولا لقول أبى اسحاق الذى قبله والصواب الصحيح المنصوص قول أبى حامد المروروذى ، وقول ابن أبى هريرة يشهد له من جهة المذهب شيء ، وهو أن في كلام الشافعى ما يقتضى أن خيار الشرط ثلاثا في البيوع ، مأخوذ من حديث المصراة : فلو كان عند الشافعى أن خيار المصراة ثابت بالشرع من غير شرط كيف كان ، يستتبط منه جواز اشتراط الخيار ثلاثا في البيوع ، ويحتمل أن يقال : إن ثبوته بالشرع مع عدم الجهالة فيه مسوغ لاشتراطه ، وهذا أقرب الى ظاهر الحديث ، فإنه ليس فيه تعرض للشرط ، والله تعالى أعلم •

( التنبيه الثانى ) أن الحديث باللفظ الذى أورده المصنف رحمه الله

على الاحتمال المقابل لما أبديته في مأخذ أبي اسحاق يقتضى اثبات الخيار ثلاثة أيام ، ابتداءها بعد الحلب ، وهذا لا أعلم أحدا قال به ، لا أبا حامد ولا غيره ، إلا أبا بكر ابن المنذر فإنه قال : له خيار ثلاثة أيام بعد الحلب على ظاهر الحديث ، وإنما قال أبو حامد بأنها من آثار العقد كخيار الشرط على ما سأذكره إن شاء الله تعالى ، لكن الحديث بهذا اللفظ لم يصح ، والله أعلم .

( التنبيه الثالث ) أن الألفاظ الصحيحة في الحديث ورد فيها « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » وفي الألفاظ الصحيحة في رواية أخرى « فهو بالخيار ثلاثة أيام » فاللفظ الأول يقتضى أن الخيار بعد الحلب . واللفظ الثانى يقتضى أن مدة الخيار ثلاثة أيام . ويلزم من مجموع ذلك أن يكون الخيار ثلاثة أيام ابتداءها من الحلب ، وهو الذى لم أعلم أحدا قال به غير ابن المنذر ( وأما ) أن يعمل بالحديثين ويجعل أحدهما مبينا للآخر ، فيلزم هذا الذى لم يقل به أحد فيما علمت غير ابن المنذر ( وأما ) أن يجعل متعارضين ، فتقف الدلالة على ترجيح أن الخيار يعتد ثلاثة أيام .

( والجواب ) عن هذا أن قوله « فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها » محمول على الغالب لأن الرضا والسخط إنما يكون بعد الحلب ، وتبين الحال ، والحلب الغالب أنه يقع في الثلاثة ، فاثبات الخيار ثلاثة أيام اقتضى زيادة على ما اقتضاه قوله : « بعد أن يحلبها » فعملنا بالزائد المبين ، وحملنا الآخر على الغالب ، وهذا الحمل لا يأباه اللفظ بخلاف حمل قوله : « فهو بالخيار ثلاثا » على الغالب ، فإنه يأباه اللفظ ، واللائق بارادة ذلك المعنى أن تقول : فهو بالخيار بعد ثلاث .

( التنبيه الرابع ) أن الأصحاب يعبرون عن الخلاف في هذه المسألة بأن الخيار هل هو خيار شرع أو خيار عيب ؟ فالأول قول أبي حامد ، والثانى قول أبي اسحاق ، ومنهم من يعبر بأنه هل هو خيار شرط أو خيار عيب ، والأول قول ابن أبى هريرة ، والثانى قول أبي اسحاق ، وقد علمت معنى ذلك فيما تقدم ، وأن ابن أبى هريرة يوافق أبا اسحاق في أصل الخيار خيار عيب ، والثلاثة عنده ثابتة بالشرط لا لأجل التصرية ، بل بشرط المتعاقدين ، فكلام الأصحاب كلهم مصرح بأن الخيار

عند أبى حامد بالشرع لا بالعيب ، وفرعوا على ذلك فروعا سأذكرها  
ان شاء الله تعالى ، وكأنهم أخذوا بالتسليم أن خيار العيب لا يكون  
الا على الفور .

وأنت اذا تأملت ما قدمته في جواب ابن أبى هريرة في التنبيه الأول  
توجه ذلك المنع لذلك ، فانا نقول لا تنافي بين الأمرين ، وما المانع  
من أن يكون الشرع جعل خيار هذا العيب ثلاثة أيام كخيار الشرط ؟  
لأنه غالبا انما يظهر فيها ، ولا يحتاج الى أكثر منها ، ولا يكون  
ذلك من باب التعبد المحض الذي لا يعقل له معنى ، فهذا أقرب  
الى المحافظة على اتباع النصوص والمعاني ، وقد قال الماوردي في  
الافتناع : ان التصرية عيب يرد بها المشتري الى مدة ثلاثة أيام ،  
وظاهر هذا الجمع بين جعلها عيبا أو امتداد الخيار ثلاثا ، لكنه  
ليس نصا فيما أقوله ، فانه يحتمل أن يرتدا به أى وقت ظهر له  
التصرية في الأيام الثلاثة يرد على الفور ولا يرد بعدها ، وهو قول  
أبى اسحاق ولذلك لم أورده ، ولم أروه ، ولذلك لم أذكره مع الموافقين  
لشيخه الصيمري في اثبات الثلاثة لأجل هذا الاحتمال كما قدمت  
الاشارة اليه ، وقد يظهر لهذا البحث أثر في التفريع الذي سنذكره  
ان شاء الله تعالى .

( التنبيه الخامس ) أنه تقدم عن الغزالي التردد في الحاق خيار  
التصرية بخيار العيب أو بخيار الخلف . وههنا في الأوجه الثلاثة  
جعلناها راجعة الى أنه هل هو خيار شرع أو شرط أو عيب ؟ ولم  
يذكر الخلف ( فالجواب ) أن خيار العيب وخيار الخلف يشتركان في  
أن كلا منهما على الفور ، وانما لا يفترقان فيما لا يكون من فعل  
البائع كتخلف الشاة بنفسها ، هل يثبت أصل الخيار أو لا يثبت ؟  
فالذي يقول ههنا بأنه على الفور ، لا يختلف نظره ، وكان التعبير عن  
ذلك بالعيب والخلف سواء .

( التنبيه السادس ) أنه قد تقدم أن الأصح عند صاحب التهذيب  
وغيره ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها : وتخريج ذلك على  
أنه يسلك به مسلك العيب ، وذلك مستمر على صحيح صاحب التهذيب  
هنا أنه على الفور ( وأما ) على ما صححته ونص الشافعي عليه وقاله

أبو حامد من أن الخيار بالشرع ، فهل يكون الحكم بثبوت الخيار ثلاثا مستمرا أو لا ؟ فان كان مستمرا فلا مستند له ، فان الحديث لم يشمل الا التي صريت ، والحاقه بالعيب لا يقتضى اثبات الثلاث ، وان لم يثبت خيار أصلا كان ذلك مخالفة لصاحب التهذيب ، وقد تقدم موافقته هناك ، وان ثبت الخيار على الفور كان ذلك موافقة له هنا ، فأحد الأمرين لازم ( اما ) مخالفة صاحب التهذيب هناك ( واما ) موافقته هنا •

( والجواب ) أنه يثبت الخيار ثلاثا ، لأن المعنى الذي يثبت لأجله في محل النص موجود هنا ، وهو فوات الظن ، وكونه من باب العيب لا يمنع اثبات الثلاث لما تقدم في التنبيه الرابع أنه لا منافاة بين ذلك وان الدليل الدال على اثبات الثلاث هنا أخص من الدليل فيما سواه من العيوب ، فلا يلزم من موافقة صاحب التهذيب في ثبوت الخيار هناك لوجود معنى الحديث موافقته وهنا في عدم اعتبار الثلاث ، لما في ذلك من مخالفة ظاهر الحديث •

( التنبيه السابع ) أن قول أبي اسحاق المذكور وقع في نقله ما ينبغي التثبت فيه ، فمنهم من يجعله كما حكته فيما تقدم ، وأنه يمتنع عليه الرد قبل الثلاث ويمدها وانما له الرد عند انقضاء الثلاث ، صرح بذلك الرويانى وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد • وظاهر هذا الكلام اذا أخذ على اطلاقه يشمل ما اذا علم التصرية قبل الثلاث باقرار المباح أو بينة ، وامتناع الرد اذا أقر المباح أو قامت بينة لسببه ، ففيه بعد •

والذى يقتضيه كلام القاضى حسين أن له الرد في هذه الحالة على كل قول عند العلم ، فانه حكى الأوجه الثلاثة من غير تعيين قائلها ، فقال : منهم من قال هو خيار التصرية يمتد الى ثلاثة أيام ، لأنه لا يتحقق دونها حتى لو علم بعيب التصرية في الحال ، بأن أقر به أو شهد له البينة يكون على الفور ، ومنهم من قال هو للتروية كما في الشفعة في قول يمتد الى ثلاثة أيام ( ومنهم ) من قال أراد به اذا شرط الخيار ثلاثا ، لأن خيار التصرية خيار عيب ونقيصة ، فهو على الفور • انتهى •

(والقول الثاني) في كلامه هو قول أبي حامد المروزي .

(والثالث) هو قول ابن أبي هريرة والأول هو — والله أعلم — قول أبي اسحاق وقد صرح عليه بثبوت الخيار اذا علم . وصاحب التتمة لم يحك الا قول أبي حامد وقول أبي اسحاق . وصرح على قول أبي اسحاق بأنه اذا علم التصرية باقرار أو ببينة وأخر الفسخ بطل خياره ، فتعين أن يحمل كلام غيرهما ممن حكى المنع عن أبي اسحاق كالرويانى وغيره ، على أنه يمتنع عليه الرد اذا ظهر له التصرية بحلقة أو حلبتين ، لأن ذلك لا يفيد العلم لاحتمال أن يكون بخلل في العلف أو لبدل الأيدي .

(أما) اذا حصل العلم بقول البائع أو بينة — ولا مانع من ثبوت الخيار — وحينئذ يكون في هذا موافقة لابن أبي هريرة في ثبوت الخيار في الثلاثة على الفور اذا حصل العلم . لكنه مع ذلك يخالفه في أن ابن أبي هريرة يثبت الخيار اذا حصل الاطلاع على التصرية بعد الثلاث . وأبو اسحاق لا يثبت على ما حكاه الرويانى . ولم يتعرض القاضى حسين لذلك بموافقة ولا مخالفة . مع أن منع الرد بعد الثلاث أيضا مع وجود العيب بعيد . والذي حكاه الماوردى تفريعا على قول أبي اسحاق أن له الرد اذا اطلع بعد الثلاث ، ولم يحك الخلاف الا بين أبي حامد وأبي اسحاق ، قال : ثبت عن أبي اسحاق ما صرح به الرويانى ومن وافقه ، فالخلاف بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق متحقق ، وإن كان أبو اسحاق يقول بالرد بعد الثلاث أيضا كما قاله الماوردى ، وقبلها ، كما قاله القاضى حسين . فحينئذ يتحدد قوله وقول ابن أبي هريرة ، لكن الشيخ أبا حامد مصرح بما قاله الرويانى . ولم يحك الخلاف الا بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، وأبو حامد لا يرد نقله ، فهي ثلاثة أوجه محققة ، ويبعد كل البعد أن يقال انها أربعة تمسكا بظاهر ما قاله الرويانى عن أبي اسحاق من امتناع الرد قبل الثلاث ، وبما حكاه القاضى حسين ولم ينسبه . فبكون ذلك قولاً مغايراً للثلاثة ، وبه تصير أربعة . هذا بعيد لا ينبغي المصير اليه . وليس ذلك الا للاختلاف في النقل والتفسير عن وجه واحد وتنبيه كلام صاحب التتمة .

ولولا تصريح الشيخ أبي حامد وغيره بالخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة لكنت أقول ان كلامهما يرجع الى معنى واحد ، وهو ان الخيار على الفور ، وأنه وجه واحد مقابل لوجه أبي حامد . وهما الوجهان اللذان ذكرهما المصنف : لكن الأصحاب مطبقون على ذكر الخلاف بين أبي اسحاق وابن أبي هريرة ، والله تعالى أعلم .

( التنبيه الثامن ) أن قول المصنف : « ومنهم من قال : اذا علم بالتصرية يثبت له الخيار على الفور » يحتمل أن يكون مراده اذا علم بالتصرية في الثلاثة الأيام ويحتمل مطلقا . فان كان المراد الثاني فالقول المذكور وهو قول ابن أبي هريرة كما ذكرناه فيما تقدم لأنه القائل بجواز الرد قبل الثلاث وبعدها على الفور . ويكون قول أبي اسحاق حينئذ قولاً ثالثاً في المسألة لم يتعرض المصنف لحكايته . وان كان المراد الأول ، وان فرض المسألة في الثلاث خاصة فالقول المذكور هو قول ابن أبي هريرة باتفاق الناقلين ، وهو قول أبي اسحاق أيضاً على ما تقدم عن القاضي حسين ، فإنه يوافق على الرد قبل الثلاث على الفور ، ولا يكون حينئذ في مسألة الكتاب الا وجهان ، وتكون مسألة العلم بعد الثلاث مسكوتاً عنها ، وفيها أيضاً وجهان بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق ، فهما متفقان قبل الثلاث ، ويوافق أبا اسحاق في امتناع الرد بعدها .

( التنبيه التاسع ) أن اتفاق ابن أبي هريرة وأبي اسحاق على جواز الرد على الفور قبل الثلاث اذا حصل العلم باقرار البائع وببينة ظاهر لا اشكال فيه ، ولا شك أن أبا اسحاق لا يعتبر العلم بغير ذلك من ظهور التصرية بالحلبة والحلبتين كما تقدم ، وأما ابن أبي هريرة فلم يصرحوا عنه في ذلك بشيء ، ويحتمل أن يكون موافقاً لأبي اسحاق في ذلك ، فان الحكم باحالة تناقص اللبن على التصرية مع احتمال حالته على اختلاف العلف وتبدل الأيدي غير مجزوم به ، ويحتمل أن يكون ابن أبي هريرة مخالفاً لأبي اسحاق في ذلك ، ويكتفى في جواز الرد بظهور ذلك بالحلبة والحلبتين حيث لا معارض لذلك كما يعتمد عليه في الثلاث ، فيكون ابن أبي هريرة وأبو اسحاق مختلفين قبل الثلاث من بعض الوجوه دون بعض .

( التنبيه العاشر ) قول المصنف : « اذا علم » يحتمل أن يريد به حقيقة العلم باقرار الياثع أو بالبينه ، وذلك يسمى علما في الحكم ، وحينئذ يحصل الاتفاق بين ابن أبي هريرة وأبي اسحاق في جواز الرد قبل الثلاث ، ويحتمل أن يريد به مطلق الاطلاق ، ولو بدلالة الحلب ، فيعود فيه الكلام الذي قدمته الان ، والله أعلم .

( التفريع ) لو اطلع على التصرية بعد الثلاث ( فعلى ) قول أبي حامد قالوا ليس له الرد ، لأن ذلك خيار ثبت بالشرع للتروى كخيار الشرط ، فيفوت بانقضاء الثلاث ( وعلى ) قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق فقد تقدم حكمه ، وقال الجورى<sup>(١)</sup> : اذا علم بالتصرية بعد الثلاث فله الرد كسائر العيوب ، وانما جعل الثلاث فسحة له اذا علم في أول يوم بالتصرية ، أو في الثاني أن يؤخر الرد الى الثلاث وينقطع بأخر الرد بعد ثلاث .

وأما اذا لم يعلم فهو كسائر العيوب ، وهذا حسن ، ويوافقه ما سنذكره عن الابانة والوسيط ، ولو اشتراها وهو عالم بالتصرية ، فعلى قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق لا يثبت كسائر العيوب عندهم الا أبا حامد ، قالوا : يثبت له الخيار لأنه خيار شرع ، وشبهوه بما اذا تزوجت عينا عامة بعنته ، وعلى قول ابن أبي هريرة وأبي اسحاق لا يثبت كسائر العيوب وهو الأظهر في المستظهرى .

واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته اذا اشتراها عالما بالتصرية ميل الى جانب التعبد ، وكل المفرعين ذكروا ذلك على قول أبي حامد حتى الماوردى ، وقد نبهت فيما تقدم على أنه لا تنافى بين اثبات الثلاث وجعل ذلك من باب العيب ، ويؤيده ما تقدم من الشافعى رحمه الله أنه صرح في الأم بأن التصرية عيب ، مع ما تقدم من الحكاية عن نصه أن الخيار ثلاثة أيام ، فالجمع بين هذين النصين يقتضى ما قلته ، ومقتضى ذلك أنه اذا اطلع بعد الثلاث له الخيار على الفور كسائر العيوب ، مع قولنا : ان الخيار يمتد

(١) يكثر في النسخ في ش و ق تصحيف اسم الامام على بن الحسين ابو الحسن الجورى بالراء المهملة التى اعجامها زايا (ط) .

الى ثلاثة أيام ، وان كان الزمن الذى قدره الشرع للخيار على سبيل التروى قد مضى ، كما يكون له الخيار بعيب يطلع عليه بعد خيار الشرط ، وقد يتفق أن المشتري يغفل عن ملاحظتها في مدة الثلاثة الأيام بأن يكون في يد وكيله أو البائع أو غيرهما ، ثم يطلع بعد الثلاث على التصرية دون تناقص اللبن في الحلبات الماضية .

وأما اذا اشتراها وهو عالم بالتصرية فيحتمل أن يقال : ثبوت الخيار كما ذكرناه في التفريع على هذا القول مع كونه عيبا ، لأن هذا العيب لا يوقف على حقيقته في العادة إلا بالثلاث ، فلا يفيد العلم بكونها مصراة حتى يحلبها ثلاثا ، فحينئذ يعلم مقدار لبنها الأصلي ، وقبل ذلك يكون رضا بأمر مجهول ، كما يقول في بيع العين الغائبة اذا قلنا بصحته أنه ينفذ فسخه قبل الرؤية ، ولا ينفذ اجازته على الأصح على قول بيع الغائب ، فكذلك هنا ، وفي ذلك تمسك بظاهر الحديث ومراعاة المعنى وبه يتجه اثبات الخيار مع العلم ، ولا يلزم منه اسقاط الخيار اذا اطلع على التصرية بعد الثلاث .

ومما يرشد الى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث « بيع المحفلات خلابة ، ولا تحل الخلابة لمسلم » روى ذلك عن ابن مسعود مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وموقوفا على ابن مسعود ، والوقف أصح ، والرفع ضعيف ، ولكن يستأنس بذلك في المعنى ، وهو يرشد الى الحاق هذا الخيار بخيار العيب ، كما ان من باع عينا علم عيبها ولم يبين فقد حصلت منه الخلابة ( وهى الخديعة ) وأما الذى يشترط وصفا في المبيع بحيث اذا ظهر خلافه يرد عليه ليس حاله حال المخادع ، فأفادنا الأثر المذكور أن الخديعة في البيع على تلك الصورة ، وأن التصرية – وان لم تكن من البائع – تثبت الخيار ، لأنه بالبيع معها من غير تبين مخادع ، كما أن بائع العين المعيبة مخادع ، وان كان العيب ليس منه ، فهذا المعنى يقتضى ثبوت الخيار ، أى وقت اطلع عليه .

ثم في المصراة معنى آخر ، وهو أنه لا يوقف على عيبها في العادة الا بثلاثة أيام فزيد فيها هذا الحكم ، ولم يسقط بالعلم كغيرها من العيوب ، لأن العلم بالتصرية لا يفيد الغرض ، وينخرم به

الخدش على مقدار اللبن الأصلي . فهذا ما ظهر لى فى هاتين المسألتين ، وأنه يثبت الخيار ثلاثا مع العلم ، ويثبت اذا اطلع على عيب التصرية بعد ثلاث على الفور ، وقد قدمت عن الجورى القول بذلك ، وابن المتذر لما نقل عن الشافعى وناس من أهل الحديث أنهم يجعلون لمشتريه خيار ثلاثة أيام .

قال : وفى مذهب بعض المدنيين له الخيار — متى تبين له أنها مصراة — أن يردّها ( قلت ) وهذا هو قول ابن أبى هريرة ، وقد خرج صاحب التتمة بأنه اذا علم التصرية لا خيار له وحكى الوجهين فيما اذا توهما أو أخبره بها من لا يثق بخبره ثم تحقيق ذلك عنده .

وقال الشيخ أبو حامد رحمه الله : اذا علم التصرية ثم لم يدم اللبن بل عاد الى ما كان عليه قبل التصرية ، فهل له الرد ؟ فيه وجهان ، وهذا الكلام يوهم أنه لو دام على ما أشعرت به التصرية لم يكن له الرد ، وأن الخلاف مقصور على ما اذا رجع الى ما كان عليه ، ويؤيده أنهم قد شبهوا ذلك بما اذا تزوجت عينا عن غيرها على رجاء أن لا يكون عينا عنها ، فاذا تحققت عنقه عنها أيضا ثبت لها الخيار ولا شك أنه لو لم يعن عنها لم يثبت لها خيار .

لكن الخلاف فى مسألة المصراة مطلق ، لأن مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ، وذلك لا يختلف ، نعم يمكن أن يقال : ان جعلنا الخيار خيار شرع فيثبت فى حالة العلم بالتصرية ، سواء دام اللبن أو لم يدم ، وان جعلناه خيار عيب فيأتى فيه الخلاف كما أشعر به كلام أبى حامد ، وللمأخذ الذى ذكره من اللاحاق بمسألة العنين .

وفى الابانة والوسيط الجزم بأنه ان كان بعد مضى الثلاث فالخيار على الفور وان كان قبله فوجهان ، وهذه العبارة قد يؤخذ منها أنه على أحد الوجهين يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، وأنه ان اطلع بعد الثلاث كان على الفور ، وهو الذى تقدم اختياري له ، لكنى لا أعلم من قال بذلك من الأصحاب .

وما اقتضاه كلام الفورانى المذكور يقوى التمسك به فى ذلك ، لأنه لم ينقل عن شخص معين أنه قال بمجموع ذلك ، وانما اقتضت

على قول الفورانى بعد الثلاث . وعلى الوجهين قبله ، وكان الأولى فى الترتيب فى الصنف خلافه ، الا أن يكون عنده وجه بذلك ، فيكون موافقا لما اخترته ، ويمكن أن يقال : لا حاجة الى نقله عن غيره ، بل كلام الفورانى وحده يكون فى اثبات طريقة فى المذهب فى الجزم بالفور بعد الثلاث ، والتردد قبلها ، ومن ذلك يخرج القول المختار ففيه وجهان ( أحدهما ) له الخيار للتدليس ( والثانى ) لا ، لعدم الضرر .

( فرع ) اذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام ، فهل ابتداءها من حين العقد ، أو من التفريق ، فيه الوجهان فى خيار الشرط ، هكذا قال الرافعى رحمه الله تبعاً للشيخ أبى محمد وصاحب القتمة ( والأصح ) من الوجهين فى خيار الشرط أن ابتداءه من العقد .

وقد قال الجورى هنا : ان الأصح أن أول وقت الثلاث من التفريق ، قال : لأن الفرقة تبيح له التبسط بالحلب وغير ذلك ، وقبل التفريق ممنوع من التصرف ، وخيار المجلس لهما جميعاً ، واذا تفرقا بطل خيار البائع ، وحصل للمشتري خيار الثلاث ، وفى المجرى من تعليق أبى حامد أن ابتداء الثلاث على مذهب المروزي التفريق ، وعلى مذهب ابن أبى هريرة على وجهين .

( فرع ) لو اشترط خيار الثلاث للبائع فى المصرة ، قال الجورى : لم يجز لأن الخيار يمنع المشتري من الحلب وسائر التصرف ، وترك الحلب والتصرف فى الشاة يؤدى الى الاضرار بالشاة ، هكذا قاله الجورى ، ووقفت عليه فى كتابه ونقله ابن الرفعة عنه وسكت عنه ولك أن تقول : لم لا يكون الحلب وجواز التصرف لى الملك له ؟ فان حكم بأن الملك للبائع فله الحلب والا فللمشتري ولا يحصل بذلك اضرار بالشاة ، نعم ذلك يؤدى الى محذور على قولنا : ان الملك للبائع فى زمن الخيار . لأن اللبن الحادث يكون تبعاً للملك وان تم العقد على الأصح فاللبن الموجود عند العقد للمشتري لدخوله فى العقد واختلاطهما معلوم .

فلو شرط الخيار للبائع وحكم بأن الملك له فى اللبن الحادث للزم هذا المحذور فيؤدى الى بطلان البيع بخلاف خيار المجلس .

فان مدته قصيرة غالبا ، وأيضا فالقول بأن الملك للبائع في خيار المجلس ضعيف : بخلاف خيار الشرط اذا كان للبائع وحده . وقد يقال : ان ما علل به الجورى صحيح ، وان التصرف في المبيع أو في جزئه ، وان حكمنا بأن الملك للبائع ممتنع ، وان كان اذا تصرف يصح كما ذكر الأصحاب في بعض التصرفات . وأما الحل فلم يذكره فان ثبت تحريم على التصرف لزم ما قاله الجورى ، لأن التصرف بالحلب تصرف في المبيع واذا منعنا من ذلك أدى الى الاضرار بالثقة كما قال ، والله أعلم .

( فرع ) لو اشترط للمشتري وحده . قال ابن الرفعة : فيشبهه أن يكون ابتداء الثلاث في التصرف من انقضاء خيار الشرط للمشتري . اذا قلنا عند فقده : انه من انقضاء خيار المجلس . حذرا من اجتماع متجانسين كالأجل ذلك . قلنا : ان ابتداء خيار الشرط من حين التفرق ( قلت ) وهذا بعيد لأن التصرية تتبين في الثلاثة الأولى ، فاثبات ثلاثة أخرى لا وجه له ، والأولى أن نقول على هذا القول انه لا حاجة الى شرط الخيار للمشتري ، لأنه ثابت بالشرع ، فكان كما لو شرط خيار المجلس ، فان ذلك لغو لا فائدة فيه ، والله أعلم .

فان صح ذلك فتكون هذه المسألة من المسائل التي يثبت فيها خيار المجلس ولا يثبت فيها خيار الشرط للبائع وحده ، ولا للمشتري وحده ، وأما شرطه لهما فيحتمل أن يمتنع أيضا أخذا مما قاله الجورى ومما قلته ، ويحتمل أن يجوز ، ولا يمتنع التصرف بالحلب ، لأن الأصل استمرار العقد ومنه ثبوت ، وفي الصورة التي ذكرها الجورى نظر في أنه اذا كان الخيار للمشتري بالشرع لأجل التصرية ، فلو صححنا اشتراط الخيار مع ذلك للبائع هل يكون ثبوت الخيار لهما بهذين الشيتين كثبوته بالشرط حتى لا يحكم بالملك حينئذ أو لا ؟ لا ، لاختلاف سببهما وهو الظاهر ، والله أعلم .

( فرع ) اذا اشترها وهي مصراة ولم يعلم بها حتى ثبت لبنها على الحد الذي أشعرت به التصرية وصار عادة بتغير المرعى ، ففيه وجهان ( أحدهما ) له الخيار للتدليس ( والثاني ) لا ، لعدم

الضرر . قال القاضي أبو الطيب : والأول أصح ( قلت ) وهذا على رأيه في أنه خيار عيب ، وشبهوا هذين الوجهين بالوجهين فيما اذا لم يعرف العيب القديم الا بعد زواله ، وبالقولين فيما اذا اعتقت الأمة تحت عبد ولم يعلم عتقها حتى عتق الزوج ، وفي تعليق سليم عن أبي حامد ، قال الشيخ : أما القولان فعلى ما قال . وكذلك مسألة العيب ، فأما هذه المسألة فلا أعرف لاثبات الخيار وجها لأن نقصان اللبن ليس بعيب في الأصل ، وإنما كانت تثبت الخيار للجمع وقد استدأمت له ذلك .

( قلت : ) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر ، لأن هذه الأمور العارضة على خلاف الجبلة لا يوثق بدوامها ، بخلاف اللبن المعتاد من أصل الخلقة . ومن المعلوم أن الكلام في هذا الفرع اذا جعلنا له الرد من باب العيب . أما من يجعل الخيار بالشرع ويبين ذلك في الثلاثة فله الرد بلا اشكال ، وبني الجرجاني الوجهين على أن الخيار هل هو خيار خلف أو خيار عيب ؟ فان جعلناه خيار خلف فلا يثبت ههنا ، لأنه لم يخلف ، وان جعلناه خيار عيب فينبني على أن من اشترى سلعة وبها عيب فلم يعرف الا بعد زواله هل يثبت له الخيار ؟

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان اختار رد المرأة رد بدل اللبن الذي أخذه ، واختلفت الرواية فيه ، فروى أبو هريرة « صاعاً من تمر » وروى ابن عمر « مثل أو مثلي لبنها قمحاً » واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس ابن سريج : يرد في كل بلد من غالب قوته ، وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر . وحديث ابن عمر على من قوت بلده القمح ، كما قال في زكاة الفطر : « وصاعاً من تمر أو صاعاً من شعير » وأراد التمر لمن قوته التمر ، والشعير لمن قوته الشعير . وقال أبو اسحاق : الواجب صاع من التمر لحديث أبي هريرة ، وتناول حديث ابن عمر عليه اذا كان مثل لبنها من القمح أكثر قيمة من صاع التمر فتطوع به ) .

( اما الأحكام ) فالمشترى للمصرأة اما أن يختار امساكها واما  
( الشرح ) رواية أبى هريرة وابن عمر تقدم بيانهما ، وأن  
الرواية الى ابن عمر غير قوية .

أن يختار ردها ، وإذا اختار الرد فاما قبل الحلب واما بعده ، وإذا  
كان بعده فاما مع بقاء اللبن واما بعد تلفه ، فهذه أربعة أحوال  
سكت المصنف عن الحالتين الأولتين لسهولة الأمر فيهما . وذكر الحالتين  
الآخرتين احدهما في هذه القطعة من الفصل ، والاخرى في  
القطعة التى ستأتى في كلامه ان شاء الله تعالى ، فلنذكر الأحوال الثلاث  
ونقدم الصور التى فرضها المصنف وهى ما اذا أراد ردها .

وصورة المسألة اذا كان ذلك بعد الحلب ، وكان اللبن تالفا .  
فقد اتفق الأصحاب على جواز ردها ورد بدل اللبن ، ولا يخرج ردها  
على الخلاف في تفريق الصفقة ، لتلف بعض المبيع وهو اللبن  
اتباعا للأخبار الواردة في الباب ، على أن اللبن على رأى لا يقابله  
قسط من الثمن وسيأتى في الحالة الثالثة تحقيق النقل في هذا رأى .  
ولا أعلم أحدا حكى خلافا في جواز الرد ، الا ابن أبى الدم فانه قال :  
فيه وجه حكاه الامام أنه اذا حلب اللبن فتلف امتنع عليه رد الشاة ،  
قياسا على رد العبد القائم بعد تلف الآخر ، ولا وجه لهذا الوجه مع  
الحديث .

( قلت : ) وهذا الوجه لم أقف عليه في النهاية . ولعله اشتبه  
بالوجه الذى سذكرك في الحالة الثالثة اذا ردها بعيب غير التصرية .  
قال ذلك الوجه في النهاية ، أما هنا فلا . ثم اختلفوا في المضموم  
الى المصرأة الرد في جنسه وقدره لأجل اختلاف الأحاديث الواردة  
أما الجنس وهو الذى ذكره المصنف فقد حكى المصنف فيه وجهين ،  
والأول منهما نسبه الشيخ أبو حامد فيما علق سليم عنه والقاضى  
أبو الطيب الى ابن سريج كما نسبه المصنف رحمه الله ، وأن الواجب  
عنده في كل بلد غالب قوتها ونسبه الماوردى الى أبى سعيد الاصطخرى  
ونسبه الرويانى اليهما .

وقال في الحلية : انه القياس . ونسبه المحاملى والشيخ أبو حامد  
في تعليق البندنجى عنه الى ابن أبى هريرة وهو غريب ، ونسبه

الجورى لما تكلم فى مسألة الجارية الى ابن سلمة . قال : فكان ابن سريج وابن سلمة يردانها مع صاع من أقرب قوت البلد ، فان صحت هذه النقولات فلعلهم الأربعة قائلون بهذا الوجه . وظاهر كلام هؤلاء الناقلين أنه لا يجوز على هذا الوجه التمر اذا لم يكن غالبا . أو يكون حكمه كما لو عدل اليه عن القوت الواجب فى زكاة الفطر ، وفيه خلاف . والجورى جعل محل الخلاف فيما اذا علم الثمن فحكى فيه قولين ( أحدهما ) يعتبر غالب قوت البلد ( والثانى ) لا يجوز الا التمر . وصاحب التتمة قال : انه لا يخطف المذهب أنه لو رد التمر جاز وأنه لو رد بدله شيئا آخر كالحنطة أو الشعير ففيه وجهان ( أحدهما ) عليه رد الثمن ولا يجب على البائع قبول غيره ( والثانى ) يجوز أن يرد بدله صاعا من قوته وكلا هذين الصنفين يخالف ظاهر اطلاق الأولين وكلام الرافعى يوافق كلام صاحب التتمة فإنه صور كلامه بأنه يرد التمر . ثم حكى الخلاف فى تعيينه وقيام غيره مقامه ، والمراد بعدم الجواز هنا أنه لا يجبر البائع على قبوله . أما عند التراضى فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى .

فاذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الأكثرين حصل لك فى رد الغالب من قوت البلد ثلاثة أوجه ( أحدها ) أنه واجب ( والثانى ) أنه جائز ، وهو مقتضى كلام الرافعى وصاحب التهذيب ( والثالث ) التفرقة بين أن يكون التمر موجودا فيمتنع ، أو معدوما فيجوز ، ويكون حينئذ هو الواجب ، ويحتمل أن تكون هذه ثلاثة أوجه محققة من قائلين مختلفين . ويحتمل أن يكون اختلافا فى تحقيق قول واحد .

أما عن بعض الأصحاب كابن سريج أو عن الشافعى كما اقتضاه اطلاق الجورى قولين ، وبالجمله فلك أن تعتمد على ذلك فى حكاية الخلاف على هذه المقالات الثلاث ، وكلها ضعيفة والصحيح خلافها كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

وقد نقل الإجماع عن ابن سريج أنه جمل اختلاف الأحاديث على ذلك . وأن النبى صلى الله عليه وسلم اختلف لفظه لذلك فقال : « صاعا من تمر بالمدينة » لأن غالب قوتها التمر . وكانت الحنطة بها عزيزة

وقال : « صاعا من طعام لاسمراء » حيث يكون الغالب من القسوت الشعير أو الذرة أو الأرز ، وقال : « مثل لبنها قمحا » وأراد به الصاع لأن الغالب أنه مثل اللبن الذي في الضرع . وقصد به اللبن الذي يكون ذلك غالب قوته .

ووراء هذه الأوجه الثلاثة غير القول بتعين التمر الذي ذكره المصنف رحمه الله وجه رابع أنه يرد صاعا من أى الأقوات المزكاة شاء . من تمر أو بر أو شعير أو زبيب ، ويكون ذلك على التخيير . نقله الماوردي عن ابن أبي هريرة وقد تقدم نقل المحاملي عنه للوجه الأول ، والله أعلم .

وقال الماوردي بعد حكاية هذا القول : وقوله : « مثلى لبنها قمحا » لأنه في الغالب يكون صاعا لأن الغالب في الغنم أن تكون الحلبة نصف صاع . يعنى ويكون تردد الرواية في ذلك محمولا على التنويع ، مثل لبنها أن كان كثيرا ، قدر لبنها أن كان كبيرا قدر صاع ، أو مثلى لبنها أن كان قليلا ، وهو الغالب على الشياه في بلادهم .

وممن ذهب الى هذا الوجه أبو بكر أحمد بن اسماعيل الاسماعيلي ، فانه قال في كتابه المستخرج على صحيح البخارى : وفي قوله : « صاع من تمر لا سمراء » دليل على أن المعنى هو المقصود لا الاختصار على اللفظ ، لأن التمر اسم لنوع معروف ، وقوله : « سمراء » لو كان نوع التمر هو المقصود لم يكن لقوله لا سمراء معنى ، فثبت أن المعنى التمر ، وما قام مقامه لا يكتفى سمراء .

( قلت : ) ولا يلزم ذلك . وليست ( لا ) متعينة في الاخراج ، وانما هي هنا عاطفة ، مثلها في قولك : جاءني رجل لا امرأة والمعنى في ذلك نفى توهم أن تكون السمراء مجزئة . فهذه الأوجه الأربعة مشتركة في أن التمر غير متعين . بل يقوم مقامه غيره ، وهؤلاء الذين قالوا بأن غيره يقوم مقامه قصروا ذلك على الأقوات كما في صدقة الفطر ، وانما الخلاف هنا في التخيير أو في اعتبار الغالب من قوت البلد ، وهو الصحيح على القول بعدم التمر . قال الامام : لكن لا نتعدى هنا الى الإقط بخلاف ما في صدقة الفطر للخبر . وهذا الذي قاله الامام يوافقه ما تقدم عن الماوردي في نقل قول التخيير .

( وقوله : ) ان ذلك في الأقوات الزكاة وان كان قد أطلق النقل في قول الاصطخرى ووراء هذه الأوجه الأربعة على القول بأن التمر لا يتعين وجه خامس عن حكاية الشيخ أبي محمد ، واختلف في التعبير عنه ( فقال ولده امام الحرمين ) وهو أعرف بمراذه : ذكر شيخى مسلكا غريبا زائدا على ما ذكره الأصحاب في طرقهم فقال : من أصحابنا من قال : يجرى في اللبن على قياس المضمونات فان بقى عينه ولم يتغير رده ، وليس عليه رد غيره ، وان تغير مثله • فان اللبن من ذوات الأمثال • فان أعوز المتل فالرجوع الى القيمة • وقد أوماً اليه صاحب التقريب ولم يصرح • وهذا عندي غلط صريح وترك لمذهب الشافعى رحمه الله ، بل هو حيد عن مأخذ مذهبه • ويبطل عليه مذهب الشافعى في مسألة المصرة ، ولم يبق الا الخيار فان اعتمدنا فيه الخبر لم يعمد من الخصم حملة على شرط الغزارة مع تأكيد الشرط بالتحفيل ، فهو اذن هفوة غير معدودة من المذهب لا عود اليها • هذا ما ذكره الامام في ذلك وهو أعرف بمراد والده ، والأمر في تضعيفه كما ذكره فان ذلك مجانب للحديث والمذهب •

ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله والرافعى رحمه الله صدر كلامه بأنه يرد التمر ثم جعل ما حكاه الشيخ أبو محمد رحمه الله على أنه يقوم مقام التمر غيره حتى لو عدل الى مثل اللبن أو الى قيمته عند اعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتبارا بسائر المتلفات ، وفي هذا تأويل لكلام الشيخ أبي محمد رحمه الله وأن ابراده يرده ان شاء ، وليس عليه رده حتما ، وذلك موافق لما سيأتى في الكتاب في هذا الفصل أن البائع يجبر — على وجه — على قبول اللبن اذا كان باقيا ، ومال ابن الرفعة الى هذا التأويل ، وقال : ان كلام الشيخ أبي محمد رحمه الله في السلسلة ينطبق عليه ، لكن هذا التأويل ياباه ظاهر حكاية الامام عنه • ( وقوله ) أنه يجرى في اللبن على قياس المضمونات ، وأيضا فان الوجه الذى سيأتى في كلام المصنف رحمه الله انما هو في حالة بقاء اللبن ، والامام — وان كان كلامه عن الشيخ أبي محمد في حالة بقاء اللبن أيضا — لكن قوله : انه على قياس المضمونات نعم ، وأيضا كلام الرافعى في ذلك : انما هو في حالة التلف ، فان حمل على هذا التأويل على بعده وأن

الواجب الأصلي هو التمر وله أن يعدل عنه الى مثله فعلى بعده ليس على قياس المضمونات ، كما اقتضاه كلام الامام عنه ، وهو وجه آخر غير ما ذكره الأصحاب في الحالتين أعنى حالة تلف اللبن ، وحالة بقاءه خلافا لما قاله ابن الرفعة ، أن ذلك ليس خارجا عن كلام الأصحاب ، وإن كان المراد ظاهر ما نقله الامام ، ففي ذلك مخالفة لما نقله الرافعي ، وهو في غاية المصادمة للحديث والمذهب .

قال ابن الرفعة : لكن له وجه ، فإن اللبن انكائن في الضرع قبل الحلب يسير لا يتحول فصار تابعا لما في الضرع كما اذا اختلط بالثمرة المبيعة ونحوها شيء من مال البائع لا قيمة له فإنه لا يمنع وجوب التسليم عليه للمشتري ، ولهذا حكى الماوردي طريقة قاطعة بأنه اذا اشترى رطبة فلم يأخذها حتى طالت ان الزيادة تكون للمشتري ككبر الثمرة ، وقد حكى الامام مثل ذلك عن شيخه فيما اذا باع صاعا من اللبن الذي في الضرع ، وقد رأى منه أنموذجا فقال : وكأن شيخي سابق في التصوير ، ويقول : اذا ابتدر حلبه واللبن على كمال اندرة لم يظهر اختلاط شيء به ، له قدر به سألاه ، وإن فرض شيء على ندور لمثله محتمل ، كما اذا باع جزء من قرظ .

قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره ، فإنه يقتضى أن الرد بعد ثلاث ، واللبن اذا ذاك يكون تالفا في الغالب ، نعم المشكل قوله : عند تعيين اللبن ، يعنى بالحموضة بوجوب رد مثله . والخبر اذا خرج مخرج الغالب يوجب رد غيره ، فالعراية في هذا ، لكنه قياس ايجاب رد اللبن عند عدم التغير نظرا الى جعل زيادة اللبن بالحلب تابعة ، واذا وجب رد المثل فتعذر كان الواجب قيمته .

( قلت ) وهذا التكلف على طوله ليس فيه محافظة على ظاهر ما نقل عن الشيخ أبي محمد من الجرى على قياس المضمونات ، فإن ما ذكره ابن الرفعة مقتصر على حالة بقاء اللبن ، وحمل الحديث على الغالب ، ثم ذلك غير متجه من وجهين ( أحدهما ) أن مقتضى ذلك أن لا يجوز الرد قبل ثلاث ، وهو لا يقول بذلك على ما هو المشهور من المذهب ( والثاني ) أن غاية ذلك ابداء وجه من القياس لرد اللبن . ونحن

لا نذكر أن القياس قد يقتضى ذلك ولكن المتبع في ذلك الحديث وهو عمدة المذهب في ذلك فالمدول عنه خروج عن المذهب : وكلام الشيخ أبي محمد في السلسلة مقتصر بظاهره على حالة التلف فانه قال في حكاية الوجه : للمشتري جبر البائع على قبول المثل ان كان المثل موجودا . والا عدل الى الدراهم كسائر المتلفات ، والله تعالى أعلم .

فهذه الخمسة الأوجه على ما اقتضاه كلام الرافعي يجمعها القول بأن التمر لا يتعين ، وعلى ما يشعر به ظاهر كلام الامام الأربعة الأولى مشتركة في ذلك ، وهذا الخامس لا يشاركها بل يتعين عليه رد اللبن أو مثله أو قيمته على الأحوال التي ذكرها ، ويقابل ذلك كله الوجه الثاني الذي ذكره المصنف عن أبي اسحاق المروزي اتباعا لحديث أبي هريرة رضى الله عنه ، ممن صحح هذا الوجه الشيخ أبو محمد في السلسلة ، والرافعي والنووي ، وممن نسبته الى أبي اسحاق كما نسبته المصنف رحمه الله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم .

واختلف الفائلون لهذا الوجه فقال الماوردي : على هذا لا يجوز المدول الى غير التمر . ولو أعوز التمر أعطى قيمته . وفي قيمته وجهان ( أحدهما ) قيمته في أقرب بلاد التمر اليه ( والثاني ) قيمته بالمدينة . وقال القاضي أبو الطيب والبغوي عن أبي اسحاق : انه ان عدل الى ما هو أعلى منه جاز ، وان عدل الى ما هو دونه لا يجوز الا برضا البائع ، هكذا قال البغوي وفيه التنبيه على أنه اذا عدل الى الأعلى جاز من غير رضا البائع ، وكلام البغوي يقتضى أن الحنطة أعلى من التمر ، وكلام أبي الطيب مصرح بأنها قد تكون أعلى وقد تكون أدون ، وكأنه راعى في ذلك القيمة ، وكأن البغوي راعى في ذلك الاقتيات فحصل من هذين النقلين عن أبي اسحاق وجهان .

والمعجب أن الرافعي رحمه الله عمدته التهذيب : ولم يحك عن أبي اسحاق ما حكاه البغوي فيه ، وانما حكى عن أبي اسحاق ما حكيناه عن نقل الماوردي ، ولم يحك عن الماوردي أيضا عند الاعواز الا اعتبار قيمة المدينة ، وكلام المصنف منطبق على ما حكاه القاضي أبو الطيب والبغوي ، فقد اجتمع في جنس الردود مع المصراة سبعة أوجه ، ولك

في ترتيبها طريقتان ( أحدهما ) أن تقول في الواجب ثلاثة أوجه .  
( أحدها ) على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام .

( والثاني ) التمر ( والثالث ) جنس الأقوات ( فان قلنا )  
بالتمر فهل نعدل الى أعلى منه أو الى غالب قوت البلد ، أو يفرق بين  
أن يكون التمر موجودا فتعين ، أو معدوما فيعدل الى الغالب ؟  
أربعة أوجه ( وان قلنا ) بالأقوات فهل يتعين الغالب أو يتخير ؟ وجهان .

( والطريقة الثانية ) أن نقول : الواجب التمر ، وهل يتعين ؟  
وجهان ( فان قلنا ) يتعين فهل يعدل الى أعلى منه ؟ وجهان ( وان  
قلنا ) لا يتعين ، فهل يقوم مقامه الأقوات ، أو الأقوات وغيرها ؟  
وجهان ( الثاني ) قول الشيخ أبي محمد وان قلنا : الأقوات وحدها .  
فهل يتخير أو يتعين الغالب ؟ وجهان ، وهذه الطريقة مقتضى ترتيب  
الرافعي ، وليس في كلام الرافعي رحمه الله الا أربعة أوجه ، ولم يحك  
وجه العدول الى الأعلى ولا التفرقة بين أن يكون التمر موجودا أو  
معدوما ولا وجه الجري على قياس المضمونات على ظاهر ما حكاه الامام ،  
وليس لك أن تأخذ من هذا الكلام اثبات وجه ثامن جمعا بين ما اقتضاه  
كلام الامام وكلام الرافعي في النقل عن الشيخ أبي محمد ، لأن  
ذلك اختلاف في فهم كلام رجل واحد من الأصحاب ، وانما يصح اثبات  
وجهين لو ثبتا جميعا عنه ، أو قائلين ، وليس الأمر ههنا على هذه  
الصورة .

( فان قلت : ) ما ذكرت أن الرافعي سكت عنه مما حكاه صاحب  
التهذيب عن أبي اسحاق قد شمله قول الرافعي رحمه الله ، أن الاعتبار  
بغالب قوت البلد يعني في القيام مقام التمر : فهذا هو العدول من التمر  
الى أعلى منه .

( قلت ) ليس كذلك ، لأنه ليس غالب قوت البلد أعلى من التمر  
على الاطلاق لا في الاقتيات ولا في القيمة ، فقد يكون بلد غالب قوته  
قوت هو أدنى من التمر قوتا وقيمة ، وقد نقل الأصحاب عن أبي اسحاق  
أنه جعل ترتيب الأخبار على القول المنقول عنه : كما أشار المصنف  
رحمه الله اليه ، فصرح بالتمر في حديث وفي آخر قال : « من طعام »

وأراد التمر • وفي آخر قال : « قمما » وذلك اذا كان القمح أعز ،  
ورضى بذلك •

وحيث قال : « مثل » أو « مثلى لبنها » أراد اذا كان قدر ذلك  
صاعا ، وهذا الترتيب يوافق ما حكاه عنه المصنف والقاضى أبو الطيب  
والبغوى ، وهو مقتضى كلام الشيخ أبى حامد عنه ( وأما ) ما حكاه  
الماوردى والرافعى فلا يوافق ذلك ، لأنه لا يجوز اخراج غير التمر  
أصلا •

( فان قلت ) ما الصحيح من هذه الأوجه ؟ قلت : الصحيح أن  
الواجب هو التمر ، لأن الأحاديث الصحيحة مصرحة بالتمر ، والتي  
فيها الطعام مطلقا محمولة عليه ، لأن المطلق محمول على المقيد •

وأما حديث ابن عمر الذى فيه القمح فقد تقدم التنبية على  
ضعف طريقه ، ولا حاجة الى ما تأوله ابن سريج وأبو اسحاق عليه  
فيكون الصحيح أن الواجب هو التمر لا شبة فيه • لكن هل يتعين  
ولا يجوز غيره كما نقله الماوردى عن أبى اسحاق ؟ أو يقوم مقامه  
ما هو أعلى منه كما نقله الباقر ؟ هذا محل النظر وقد قال الرافعى :  
ان الأصح عند الشيخ أبى محمد وغيره أنه يتعين التمر ولا يعدل عنه  
ولم يحك الرافعى عن أبى اسحاق غير ذلك • وظاهر ذلك تصحيح لما  
نقله الماوردى • وان غير التمر لا يجوز • كذلك هو فى المحرر •  
وصححه النووى أيضا ، وهو الذى يقتضيه ظاهر الحديث ، اللهم الا أن  
يكون ذلك برضا البائع وسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى •

لكن قد يتوقف فى هذا التصحيح لأمرين ( أحدهما ) أن حكاية  
الأكثرين عن أبى اسحاق أنه يجوز العدول الى الأعلى ، كما اقتضاه  
كلام المصنف وغيره ، وكثرة القائلين لذلك عن أبى اسحاق يقتضى  
على ما نقله الماوردى عينه وتبين مراد أبى اسحاق ولا يبعد أن  
يتناول كلام الماوردى • وان كان خلاف الظاهر ليوافق كلام الأكثرين •  
واذا لم يتحقق هذا الوجه عن أبى اسحاق • وليس منقولا عن غيره  
فكيف نقضى بصحته ( الثانى ) أن الأصحاب اتفقوا فى زكاة الفطر على  
أنه يجوز العدول عن القوت الواجب الى قوت أعلى منه • فإذا عدل  
عن التمر الى ما هو أعلى ينبغى أن يجوز •

( والأصح ) أن الاعتبار بزيادة الاقتنيات • والقمع أعنى بذلك الاعتبار • وإن اعتبرنا القيمة على الوجه الأخير فقد يكون القمع في بعض الأوقات أكثر من قيمة التمر • فلو كان التمر في المصرة متعينا حتى لا يجوز غيره ، وإن كان أعلى •

( فالجواب ) أما اختلاف النقل عن أبي اسحاق وكون ذلك يقتضى التوقف في نسبة هذا القول إليه أو الى غيره ، ويلزم من ذلك أن لا يكون متحققا ، فهو بحث صحيح • ولكن لنا أن نتمسك في أن الواجب هو التمر بظاهر كلام الشافعي رحمه الله ، وقوله : أن يرد صاعا من تمر ، وقوله : أن ذلك ثمن واحد وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا كان نص الحديث ونص صاحب المذهب يقتضى أن بدل اللبن هو التمر فيمكن للمشتري من اعطاء بدله بغير رضا مستحقه على خلاف القواعد ، لا يدل عليه دليل • ويكفى التمسك في الصحيح بنص صاحب المذهب المستند الى دليل • وأما من يشترط في التصحيح موافقة معظم الأصحاب فيحتاج الى بيان ذلك ههنا في هذه المسألة • ولم أقف من كلام الأصحاب على ما يقتضى ذلك ، ولا على نسبة القول المذكور الى غير أبي اسحاق • نعم الامام قال : ذهب ذاهبون الى أن الأصل التمر فلا معدل عنه • وهذا الذي نقله الامام يوافق ما نقله الماوردي عن أبي اسحاق ، فيحتل أن يكون مراد الامام بالذاهبين أبا اسحاق ومتابعيه ، ويعود ما تقدم من جهة اختلاف النقل عنه •

وبالجملة فمستند من لم يقل من الأصحاب على كثرتهم يتعين التمر اختلاف الرواية ومجىء القمع في بعض الروايات • وقال الامام : إن ذلك الذي مهد لأصحاب القوت مذهبهم ، والا فالأصل الاتباع ، وأنت إذا وقفت على ما تقدم من التنبيه على ضعف رواية القمع المطلق على المقيّد في بقية الروايات التي أطلق فيها الطعام تارة وذكر التمر أخرى ، لم تبال بمخالفة كثير من الأصحاب إذا اتبعت الحديث ونص الشافعي من غير تأويل •

وأما الجواب عن اتفاق الأصحاب في زكاة الفطر على أنه يجوز المدول الى الأعلى ، فإن المقصود في زكاة الفطر سد خلة المساكين ، والحق فيها لله تعالى ، فلا يحصل فيها من التنازع والخصومة ما يحصل

في غيرها • وهذان الأمران مقصودان في مسألة المصراة ، فان الحق فيها للآدمي مقصود الشارع فيها قطع النزاع مع ما فيها من ضرب تعبد • فقد بان ووضح لك ان الصحيح وجوب التمر وتعيينه ، ولا يجوز العدول عنه الى غيره ، سواء كان أعلى أو أدنى الا برضا البائع فسيأتي الكلام فيه • وهذا الصحيح خلاف الوجهين المذكورين في الكتاب لما تبين لك أن مراده عن أبي اسحاق أنه يعدل الى الأعلى ، وصحح ابن أبي عصرون في الانتصار قول ابن سريج ، والله أعلم •

هذا الكلام في جنس الواجب ، وأما مقداره ففيه وجهان (أصحهما) أن الواجب صاع قل اللبن أو كثر وان زادت قيمته على قيمة الصاع أم نقصت لظاهر الخبر • وهذا الذي نص الشافعي عليه رحمه الله في الجزء السادس عشر من الأم قال الشيخ أبو محمد : واليه مال ابن سريج • والمعنى فيه قطع النزاع ، لأن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ، ويتعذر التمييز فتولى الشرع تعيين بدله قطعاً للخصومة • وقد تقدم ذلك في الجواب عن الوجه الرابع من أسئلة الحنفية التي ادعوا فيها خروج الحديث عن القياس •

( والثاني ) أن الواجب يتقدر بقدر اللبن لرواية ابن عمر التي فيها : « مثل أو مثلي لبنا » • وعلى هذا فقد يزداد الواجب على الصاع وقد ينقص ، وأن الأمر بالصاع كان في وقت علم أنه يبلغ مقدار اللبن • فاذا زاد زدنا وإذا نقص نقصنا ، وهذا الوجه بعيد مخالف لنص الشافعي رحمه الله ولنص الحديث • وقد تقدم ضعف الرواية التي تمسك بها • وهذان الوجهان حكاهما الفوراني والقاضي حسين والشيخ أبو محمد وغيرهم من الخراسانيين هكذا على الاطلاق ، ومقتضى ذلك أنا ننظر الى قيمة اللبن ، ونؤدى بقدرها على هذا الوجه ، وبه صرح الروياني • وكذلك الشيخ أبو محمد في السلسلة ذكر الوجهين فيما إذا زاد لبن التصرية على قيمة صاع من تمر • وكذلك الامام في النهاية ، وقال الروياني : انه ضعيف ، والأمر كما قال ، فان كلام الشافعي رحمه الله في الأم يصح بخلافه فانه قال : ردها وصاعاً من تمر ، كثر اللبن أو قل ، كان قيمته أو أقل من قيمته لأن ذلك شيء وقته رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد أن جمع فيه

بين الابل والغنم ، والعلم يحيط أن ألبان الابل والغنم مختلفة الكثرة والأثمان ، فان ألبان كل الابل وكل الغنم مختلفة .

وهذا الذي قاله الشافعي رحمه الله هو الحق الذي لا محيص عنه ولو كان الواجب يختلف باختلاف اللبن لفاوت النبي صلى الله عليه وسلم بين الابل والغنم فلما لم يفاوت بينهما وأوجب فيهما صاعاً من تمر ، علم قطعاً بطلان هذا الوجه . ولم أر لهذا الوجه ذكراً في طريق العراقيين على هذا الاطلاق ، وانما في كلامهم وكلام بعض الفخراسانيين كالفزالي حكاية الخلاف فيما اذا زادت قيمة الصاع على قيمة نصف الشاة أو كلها كما سيأتي في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ولولا أن الرافي اعتد بهذا الخلاف وحكاه ، وتصريح الشيخ أبي محمد والامام والرويانى لكنت أقول : انه يجب تنزيله على ما في كتب العراقيين ، لكن هؤلاء الأئمة ذكروه صريحاً . والرافعي حكى الأمرين فقال : ان منهم من خص هذا الوجه بما اذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة . وقطع بوجوب الصاع فيما اذا نقصت عن النصف ، ومنهم من أطلقه اطلاقاً . وليس في كلام الرافي هذا ما يؤيد تنزيل هذا الاطلاق على ما في كتب العراقيين . لكن ما حكاه الشيخ أبو محمد والامام والرويانى صريح ، وكذلك يقتضيه كلام القاضي حسين ، وفي كلام الامام كشف ذلك ، فانه حكى الوجهين في أنه هل يتعين الصاع أو يجب من التمر بقيمة اللبن ؟ فان اعتبرنا الصاع فكانت قيمته بقدر الشاة أو أكثر ففى وجوبه وجهان عن العراقيين . فجعل حكاية العراقيين الوجهين تفريعاً على اعتبار الصاع ، وأفاد كلامه حصول ثلاثة أوجه في المسألة ( أحدها ) وجوب الصاع مطلقاً ( والثاني ) وجوب قدر قيمة اللبن مطلقاً ( والثالث ) الفرق بين أن تكون قيمة الشاة أو لا ، فان لم تكن بقيمة الشاة وجب الصاع والا وجب بالتعديل . والأوجه الثلاثة المذكورة متفقة على أن الردود هو التمر ، اما صاع أو أقل أو أكثر وسيأتي في كلام المصنف رحمه الله ما يخالفه ، وكذلك قوله على الوجه الثالث باعتبار التعديل مخالف لكلام المصنف وأكثر الأصحاب كما ستعرفه هناك ان شاء الله تعالى ، وفي بعض شروح المذهب المجموعة من الذخائر وغيرها ذكر الوجهين المذكورين وذكر حديث ابن عمر ثم قال العراقيون : أراد الخبر أنه يجب المثل اذا كان

اللبن صاعا ويجب مثله اذا كان اللبن نصف صاع ، وهذا يجب حملة على ما قاله الشيخ أبو محمد وغيره من اعتبار قيمة الصاع الا أن يكون اللبن صاعا كما هو ظاهر هذه العبارة ، وبالجمله فهذا الوجه في غاية الضعف ، مخالف لصريح نص الشافعي رحمه الله والحديث ، وممن حكاه أيضا ابن داود في شرح المختصر ، والله أعلم •

واذا ضمنت الخلاف في المقدار الى الخلاف في الجنس ، زادت الأوجه فيما يرد به بدل اللبن ، والله أعلم • وسأتعرض لذلك ان شاء الله في فرع عند الكلام فيما اذا زاد الصاع على قيمة الشاة ، والله أعلم •

( فرع ) هذا كله فيما اذا لم يرض البائع ، فأما اذا تراضيا على غير التمر من قوت أو غيره أو ذهب أو ورق أو على رد اللبن المحلوب عند بقاءه ، قال الرافعي : فيجوز بلا خلاف ، كذا قاله صاحب التهذيب وغيره ، وعبارة صاحب التهذيب أنه يجوز على الوجهين ، قال الرافعي : ورأيت القاضي ابن كج حكى وجهين في جواز ابدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه •

( قلت : ) وقد قال ابن المنذر في الاشراف : انه لا يجوز أن يدفع مكان التمر غيره ، لأن ذلك يكون بيع الطعام قبل أن يستوفي ، وهو أحد قولي المالكية ، وقول ابن المنذر ، وهذا يقتضى أن ذلك من باب الاعتياض ، فان كان كذلك فالمنع من الاعتياض في ذلك مخالف لنص الشافعي رحمه الله ، فانه قال في باب السنة في الخيار : ومن كان له على رجل طعام حال من غير بيع فلا بأس أن يأخذ به شيئا من غير منقه ، اذا تقابضا من قبل أن يتفرقا ، واحترز الشافعي رحمه الله بالحال عن المؤجل •

وقد تقدم في باب الربا في الاعتياض عن الطعام المؤجل أن الشافعي رحمه الله نص على منعه ، وما ذكره ابن المنذر هنا لم يتعرض الأصحاب له هناك فيحتمل أن يكون ابن كج موافقه في المنع من الاعتياض عن الطعام مطلقا ، ويحتمل أن يخص ذلك بهذه المسألة لما فيها من ضرب من البعد ، فتلخص أن المذهب جواز الاعتياض عنه مطلقا ، وقول ابن المنذر المنع مطلقا ، وما حكاه ابن كج المنع في اعتياض البر عن التمر • والظاهر أنه يعدى ذلك الى كل مطعوم ، فأما أن يقول قولا

فارقا بين المظوم وغيره فيكون قولاً ثالثاً ، وأما أن يكون يعمم المنع في الجميع تشبيهاً له بالثمن في الذمة ، فيكون قد وافق ابن المنذر في الحكم وخالفه في المأخذ ، وأما أن يكون موافقاً له في الحكم والمأخذ معاً ، ويمنع الاعتياض عن الطعام في الذمة وإن كان حالاً ، وهو خلاف نص الشافعي رحمه الله .

وليس في عبارة صاحب التهذيب نفى الخلاف مطلقاً كما ذكره الرافعي رحمه الله حتى يستدرك عليه كل خلاف ، وإنما قال على خلاف الوجهين ، يعني قول ابن سريج ، وقول أبي إسحاق رحمهم الله ، وليس في كلامه أيضاً في النسخة التي وقفت عليها ذكر القوت ، وإنما ذكر الذهب والفضة وما لا يقتات ورد اللبن وأما حكايته وحكاية الرافعي عنه الاتفاق على جواز رد اللبن عند بقاءه ، فينبغي أن يكون صورة ذلك إذا تراضيا على أخذه بدلاً عن الواجب ، ويشترط في ذلك اللفظ . هذا إذا جعلنا ذلك من باب الاعتياض كما تقدم ، أما إذا اقتصر على الرد فهل يكفي لأنهما تراضيا عليه فيرد الرد عليهما أولاً يكفي لأن الواجب غيره ، فليس ذلك من باب الرد على صورة الفسخ ، والله أعلم . وسنتعرض له في كلام المصنف رحمه الله أن شاء الله تعالى . وفي فرع الآن فتنبه له .

( فرع ) التمر الذي يجب رده هل يتعين نوع منه ؟ أو ذلك إلى خيرة المشتري ما لم يكن معيناً ؟ قال أحمد بن بشرى فيما نقله من نصوص الشافعي رحمه الله : صاعاً من تمر البلد الذي هو به تمر وسط بصاع النبي صلى الله عليه وسلم فظاهر هذا الكلام يقتضي أنه لا يعطى تمراً دون تمر بلده ، وإن كان سليماً ولم أر من تعرض لذلك ولا اعتد به لا هنا ولا في زكاة الفطر ، والذي اقتضاه النص من تعيين تمر البلد يشهد له ما ذكره في الشاة الواجبة عن خمس من الأبل ، وأنه لا يجوز العدول عن قيمة البلد على المذهب ، وما ذكر في الدراهم المأخوذة في الجبران في الصعود أو النزول وأنه يتعين نقد البلد . قطعاً ، فإذا ثبت التعيين هنا فالتعيين في زكاة الفطر أولى ، لأن أطماع الفقراء تمتد إلى قوت البلد ونوعه .

نعم : إن كان في البلد أنواع فقد ذكروا في الشاة المخروجة عن خمس من الأبل أوجهاً . نص الشافعي رضي الله عنه فيها ،

وهو الذى قطع به صاحب المذهب بتعين غالب البلد وأصحها على ما ذكره الرافعى أنه يخرج من أى نوعين شاء ، وقياس ذلك أن يأتى هنا ذلك الخلاف بعينه •

( فان قلت : ) قد قال الماوردى رحمه الله : انه اذا أعوز التمر أخرج قيمته بالمدينة على وجه ، وهو الذى اقتصر الرافعى على حكايته ، وهو الذى قاله المصنف على قول أبى اسحاق ، فيما اذا زادت قيمة الصاع على الشاة ، واعتبار قيمة الحجاز يدل على أن المعتبر تمر الحجاز ، لأن القيمة بدل عنه ، فلو كان الواجب تمر البلد لأخرج قيمته ( قلت ) ما ذكره الشافعى هنا من تعين تمر البلد وتأييد بالنظائر ، يدل على أن الأصح هو الوجه الثانى الذى نقله الماوردى أنه عند اعواز التمر يعتبر قيمته فى أقرب بلاد التمر اليه ، وان كان الرافعى لم يذكره •

وأما ما ذكره المصنف وغيره من الأصحاب على قول أبى اسحاق واقتصروا عليه ، وأن المعتبر قيمة الحجاز ، فذلك انما قالوه على قول أبى اسحاق ، وقد يكون أبو اسحاق لا يوافق على ما اقتضاه النص من تعين البلد ، وهو بعيد أو يوافق على أن المعتبر عند الوجود تمر البلد ، فان أعوز رجع الى قيمة الحجاز وهو بعيد أيضا ولا يلزم من حكاية الأصحاب ذلك أنهم يعتبرون قيمة الحجاز عند الاعواز على المذهب ، ولا شك أن مقتضى قول أبى اسحاق اعتبارها ، فانه اذا اعتبرها فى غير حالة الاعواز ففى حالة الاعواز أولى : فتخلص أن التمر الذى يجب رده هو تمر البلد على ظاهر النص ، وفيه على قول أبى اسحاق ما ذكرته •

واذا أوجبنا تمرا فعدل الى تمر أعلى منه جاز : كما قالوه فى زكاة الفطر ، وفى الشاة المخرجة عن الابل ، ولو عدل الى ما دونه لم يجزه . كما ذكروه فى الشاة • هذا عند الوجود وعند الاعواز الواجب قيمته بأقرب البلاد اليه ، وقيل : بالمدينة : وهو مقتضى قول أبى اسحاق ، وقد يقال : انه اذا عدل عند الوجود الى نوع أعلى ينبغى أن يكون كالمعدل الى جنس آخر ، كما قيل بمثله فى السلم : ان اختلاف النوع كاختلاف الجنس : وحينئذ فلا يجوز هنا بغير

التراضى ، ويجوز بالتراضى لأن هذا يجوز الاعتياض عنه على الأصح ، كما تقدم بخلاف المسلم فيه •

وأما العدول الى نوع أدنى فلا يجوز الا بالتراضى ، الا اذا فرغا على قول التخيير ، وكذلك في الزكاة اذا وجبت عليه الزكاة من نوع لم يعدل الى نوع دونه الا اذا اعتبرنا القيمة ، ففيه خلاف وكذا لا يخرج عن الكرائم الاكريمة •

( فرع ) الصاع الذى يجب رده بدل اللبن ، هل يفزل منزلة العين الأخرى ، الذى شملها العقد ، حتى انه يتوقف الرد على رده مع الشاة ، أو نقول : انه يرد الشاة ، ويبقى بدل اللبن في ذمته ؟ لم أقف في ذلك على نقل ( وقوله ) في الحديث : « ومعها صاعا من تمر » يشعر بالأول ، ويؤيده أن افراد احدى العينين بالرد لا يجوز في غير هذا الكتاب ، فجعل التمر قائما مقام اللبن للرد عليهما أقرب الى المحافظة على ذلك ، واذا صح ذلك فلا يكون اتفاقهما على أخذ بدل التمر من باب الاعتياض حتى يحتاج الى لفظ كما تقدم لأن التمر لا ثبوت له في الذمة على هذا البحث ، وانما يقام مقام اللبن ليرد الرد عليهما ، ويشكل أخذ بدله لا لأجل التعليل الذى قاله ابن المنذر ، بل لهذا المعنى ، وهذا الذى وعدت به فلتنبه له •

( نعم ) اتفاقهما على رد اللبن واضح على هذا التقدير ، ولا يحتاج حينئذ الى اعتياض لأن ذلك هو الأصل ، وانما عدل الى التمر خوفا من اختلافهما ، فاذا تراضيا عليه جاز وورد الرد عليهما ، ويحصل الفسخ في جمع المعقود عليه ، ويخرج من ذلك أنه يجوز اتفاقهما على رد اللبن ، ولا يجوز اتفاقهما على بدل آخر غيره لا يعدو الى غيره ، ولم أر أحدا صرح بمجموع هذا فلتنبه لهذه الدقائق •

( فرع ) يمكن أن يقال : اذا جعلنا التمر قائما مقام اللبن على ما تقدم من البحث ، وتراضيا على رد الشاة ، وأن يبقى التمر في ذمته ، يجوز كما يجوز في الشفعة ، حيث يكتفى برضا المشتري بذمة الشفيع عن تسليم العوض ، ويمكن أن يقال : لا يكفي ذلك هنا ، لأن الشفعة تملك جديد • وهنا رد ، والرد يعتمد الردود ،

فعلى الاحتمال الأول يستمر ما قاله البغوى والرافعى رحمهما الله من أخذ البذل عن التمر ، لأنه قد صار فى الذمة ، فيأخذ عنه ما يقع الاتفاق من مقدار غيره ، ويأتى فيه خلاف ابن المنذر وتعليه وعلى الاحتمال الثانى يتعين ما تقدم وأنه يتعين رد التمر أو اللبن باتفاقهما لأنه الأصل ، و لايجوز غير ذلك لأن ذلك اقامة لغير المبيع مقام المبيع فى حكم الرد ، وذلك انما يكون من جهة الشرع .

( فرع ) ولو كانت المصرة اثنتين أو أكثر ، هل يرد أداء الواجب بذلك ؟ لم أقف لأصحابنا على نقل فى ذلك ، لكن أبو الفرج ابن أبى عمر الحنبلى رحمه الله نقل فى شرح المقنع على مذهبهم ، وعن الشافعى وبعض المالكية أنه يرد مع كل مصرة صاعا ، لقوله : « من اشترى غنما » .

( قلت ) وممن ذهب الى ذاك ابن حزم الظاهرى وزعم ابن الرفعة أن ذلك ظاهر الحديث ( قال ) وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك ، وهذا منه يدل على أنه لم يقف فى ذاك على ما نقل ، وكذلك أنا لم أقف على نقل الا ما قدمته من نقل بعض الحنابلة عن الشافعى رضى الله عنه ، وهو مقتضى المذهب ، وقال ابن عبد البر : ينبغى أن لا يجب فى لبن ثياه عدة أو بقرات عدة الا الصاع عبادة وتسليما .

( فرع ) اتفق أصحابنا رحمهم الله وأكثر العلماء على أنه لا يجب رد مثل اللبن التالف . لأن الصاع بدل اللبن بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « ففى حلبتها صاع من تمر » ، ويفهم المعنى .

وقال ابن حزم : يجب رد مثله مع التمر ان كان تالفا ، وعينه ان كان باقيا ، وذاك فى اللبن الموجود عند العقد ، وأجاب عن الحديث بأن الحلبة مصدر ، واطلاقه على المحلوب مجاز ، ولا دليل عليه ، واتفقوا على أنه ليس عليه رد اللبن الحادث عنده ، والله أعلم .

وقد روى ابن أبى عدى حديث المصرة بلفظ فيه : « وان شاء ردها وصاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها » وهو يدل على أنه بدل المحلوب ، ولكن فى سنده سليمان بن أرقم وهو ضعيف .

## فرع في هذاهب الطماء

قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : يرد معها قيمة اللبن هكذا نقل  
عنهما ابن المنذر وغيره . ونقل ابن حزم عنهما أنه يرد قيمة صاع .  
وقال مالك في أحد قوليه يؤدي أهل بلد صاعا من أغلب عيشتهم .  
وهكذا قول ابن سريج من أصحابنا . وقال أبو حنيفة ومحمد رضي  
الله عنهما : إذا كان اللبن تالفا ليس له ردها ، لكن يرجع بقيمة العيب  
فقط ، وإن كان باقيا رده ، ولا يرد معها صاع تمر ولا شيئا هكذا  
نقل ابن حزم عنه . والمشهور عنه أنه إذا حلبها امتنع عليه الرد .  
ونقل بعض أصحابنا عن أحمد أنه إذا حلبها سقط خياره ، وتعين  
حقه في الأرش . وهذا خلاف الحديث ، وعن بعض المالكية أنه لا يرد  
معا شيئا . لأن الخراج بالضمان .

( الحالة الثانية ) أن يختار الرد قبل حلب اللبن . وهذا انما  
يكون على غير الوجه الذي نقله الشيخ أبو حامد والرويانى ومن  
وافقهما عن أبي اسحاق في أنه يمتنع الرد قبل الثلاث ، والمشهور  
خلافه . فاذا أراد الرد قبل الحلب ردها ولا شيء عليه وفاقا . فان  
قوله : وإن سخطها ردها وصاعا من تمر ، المراد به إذا كان بعد الحلب ،  
والجمع بين طرق الحديث يبين ذلك ، وأيضا المعنى يرشد اليه ،  
ونقل ابن عبد البر أنه لا خلاف فيه . ولا يعكر ذلك على قولنا : انه له  
الخيار قبل الحلب .

( الحالة الثالثة ) أن يختار امساكها قال الشافعى رضي الله عنه :  
إذا رضى بامساكها ثم وجد بها عيبا قديما غير التصرية فله ردها  
بالعيب . ويرد بدل اللبن الموجود حالة العقد . وعلى رواية الشيخ  
أبي على وجه أنه كما لو اشترى عبيدين وتلف أحدهما وأراد رد الآخر  
فيخرج على تفريق الصفقة ، والمذهب الأول ، وبه جزم كثيرون ، وهو  
الذى نص عليه الشافعى رحمه الله في المختصر .

وقال الامام : قطع الامام وصاحب التقريب والصيدلانى أجوبتهم  
بذلك . وعنى بالامام والده الشيخ أبا محمد ثم استشكله من طريق  
القياس بأن المعنى يرشد الى أن الصاع بدل عن اللبن والبهيمة

مع اللبن في ضرعها كالشجرة مع ثمرتها ، فإذا بلغت الثمرة وأراد رد الشجرة دخل هذا في تفريق الصفقة ، قال : هكذا حكم القياس .

ولكن الشافعي رحمه الله وجميع الأصحاب حكموا بما ذكرناه يعني من عدم التخريج على تفريق الصفقة ( قال ) والسبب فيه أن الرد بالعيب القديم في معنى الرد بالخلف قطعا واللبن في الواقعتين على قصة واحدة ، فرأى الشافعي الحاق الواقعة بالواقعة ، كما رأى الحاق الأمة بالعبد في قوله عليه السلام : « من اشترى شركا له في عبد » وذكر الشيخ أبو علي في شرح التلخيص أن من أصحابنا من رد هذه المسألة إلى موجب القياس وخرجها على تفريق الصفقة .

( قلت : ) وكلام الشافعي رضي الله عنه في الرسالة في باب الاجتهاد ، يقتضي أن رد التمر في هذه الصورة بالحديث لا بالقياس ، لكن مراد الامام باللاحق اللاحق في أصل الرد ، لا في ضمان بدل اللبن ، واعتذر الغزالي عن التخريج على تفريق الصفقة في حالة رد المصراة بأن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي . بخلاف العيب الحادث .

فإن قلنا : يقابله قسط من الثمن فلا وجه لمخالفة الحديث ، فلنؤيد به جواز تفريق الصفقة ، فإنه المختار ، لاسيما في الدوام ، وهذا الذي قاله الغزالي من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى الامام ، ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل فقال : الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن على رأى الامام ؟ ذكره في لبن غير المصراة تخريجا على الحمل ، فقال : الوجه أن يجعل اللبن كالحمل في أنه هل يقابل بقسط من الثمن ؟ وذكره الغزالي والرافعي هنا في المصراة .

قال ابن الرفعة : ولبن المصراة مخالف لذلك ، إذ هو مقصود فيها بخلافه في غيرها ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله : انه إذا أراد رد غير المصراة بعيب لا يرد بدل اللبن ولم يقل الشافعي ولا أحد من الأصحاب بذلك في المصراة ، وقال ابن الرفعة : ان الغزالي أثبت احتمال الامام وجها ، ونقله إلى لبن المصراة ، وهو خلاف ما عليه الأصحاب ، وقال عما ذكره : انه ان قاله تبعا للغزالي فلا عبرة به ، والا ففيه تمضيد لما ذكره الغزالي .

( قلت ) وما حكاه الامام عن الشيخ أبى على مفروض في المصراة ، لكن في هذه الحالة التي يتكلم فيها وهى ما اذا اختار امساكها ثم أراد الرد بعيب التصرية فلم يقل أحد فيما علمت بالتخريج على تفريق الصفقة ، لأن ذلك يكون مصادما للحديث ، واذا كان كلام الشيخ أبى على مفروضا في المصراة كان مستندا لما نقله الغزالى في المصراة من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن على رأى ، والا لم يخرج على تفريق الصفقة عند ارادته الرد بعيب آخر ، وأما امتناع التخريج عند ارادة الرد بالتصرية فيصمد عنه الحديث ، فلذلك لم يصر اليه صائر ، ويبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، فليس ما نقله الغزالى والرافعى خارجا عما عليه الأصحاب .

وأما نص الشافعى رحمه الله في غير المصراة فسيأتى الكلام فيه ، وأن ظاهر المذهب خلافه ، وقد اعترض ابن الرفعة على ما نقله الشيخ أبو على من التخريج وقال الامام : انه القياس بأننا انما نخرج على تفريق الصفقة ما هو مقصود كله كأحد العبدین ونحوهما ، وما نحن فيه ليس كذلك ، فان اللبن غير مقصود كالشاة بل هى المقصودة ، واللبن ان قصد فتابع ، ولهذا اغتفرت الجهالة فيه ، والتوابع اذا فانت لا تلحق بالمتبوعات ، ألا ترى أن المبيع اذا ظهر عيبه ، وامتنع رده ، لا نقول : يخرج القول في الباقي على تفريق الصفقة ؟ وان كانت السلامة من العيب مقصودة ، لكنها تابعة لا تفرد بالمقد فاللبن مثلها .

( قلت : ) وهذا أميل الى أنه لا يقابل بقسط من الثمن مع انكاره له ، والا فمقتضى المقابلة أنه اذا أراد بتفريق الصفقة يرده ، وقد حكى الجورى قولاً يوافق ما حكاه الشيخ أبو على في امتناع الرد وبخالفه في المأخذ . فقال : ان ظهر على عيب التصرية فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر بعد مدة ففيها قولان .

( أحدهما ) لا يرد كما لا يرد سلعة اشترأها فظهر منها على عيب فلم يردا حتى ظهر منها على عيب آخر لأنه رضىها معيبة .

( والقول الثانى ) يرد ، والفرق بينه وبين السلم أنه يرد معها صاعا بدلا للبن المصراة ، فكأنه يرده بعيب واحد وسائر السلم

لا يرد معها شيئاً ، وكان قد رضىه فلا شيء له • قال الجورى : قد يجىء فى السلع أنه يرد المصراة ، لأنه رضى بعيب واحد دون الآخر •

( قلت : ) وهذا الاحتمال الذى قاله الجورى هو القياس ولا يلزم من الرضا بعيب الرضا بجميع العيوب ، والذى قاله أولا من أن سائر السلع غير المصراة اذا ظهر منها على عيب فلم يرد حتى ظهر على عيب آخر أنه يمتنع الرد ، بعيد لا وجه له ، وما أظن الأصحاب يساعدونه على ذلك كما حكاه الجورى من القولين ، بل صرح الماوردى والشيخ أبو حامد وغيرهما بخلافه ، فانهم قالوا فى هذه المسألة : ان من رضى بعيب ثم وجد غيره لم يمنعه الرضا بما علم من الرد بما لم يعلم ، وجعلوا ذلك دليلا على الرد هنا • لكنى رأيت فى تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة ما يوافقه ، فانه قال فى ذلك : منزلته منزلة المشتري سلعة ، فوجد بها عيبين فرضى بأحدهما ، كان له أن يرد بالعيب الثانى ، وقد قيل : انه لا يرد ولكن يرجع بأرشف العيب الثانى ، قال : وهو ضعيف ، على أن قوله فى هذا الكلام : وقد قيل يحتتمل أن يكون فى المصراة فى المسألة المقيس عليها ، وبالجمله فالذهب المشهور أن ذلك غير مانع ونقله ابن بشرى فى منصوصات الشافعى رضى الله عنه •

وقد حكى ابن الرفعة عن الجورى هذا عند الكلام فى بيع البراءة • وقال : لعل وجهه أن فى رده ابطال عفوه عن الأول فلم يجز ، ولهذا نظر يأتى فى الجنائيات وما حكاه الجورى من القولين فى المصراة قد وجه هذا القول بالمنع منهما بالقياس على غيرهما من السلع ، ونحن نمنعه حكم الأصل اما جزما واما على المذهب المشهور ، ولئن سلم فالفرق ما ذكره • وتبين بذلك أن مأخذ القول بالمنع الذى حكاه الجورى غير مأخذ الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على رحمه الله من التخريج على تفريق الصفقة قوى من جهة القياس ، والحديث يصد عنه ، غير أن القول الذى حكاه الجورى على غرابته وضعفه يعتضد به الوجه الذى حكاه الشيخ أبو على وان اختلفا فى المأخذ لتواردتهما على حكم واحد وهو امتناع الرد ، وكلاهما شاهد للرأى الذى حكاه الغزالى والرافعى من أن اللبن لا يقابله قسط من الثمن وهو مع ذلك ضعيف لمخالفته نص الشافعى رحمه الله •

ولا وجه لمنع التخريج على تفريق الصفقة الا اتباع الحديث ،  
والا فلقائل أن يقول : ان كان اللبن مقابلا بقسط من الثمن وجب أن لا  
يرد بدله ، وقد دل الحديث على رد البديل ، ولذلك جزم الشافعي  
رحمه الله وأكثر الأصحاب بأنه مقابل بقسط ، وقطعوا بذلك في باب  
الربا ، واستدلوا له هناك بحديث المصراة كما تقدم ، والوجه الذي  
حكاه الشيخ أبو على والجورى في غاية الغرابة ، وما قاله ابن الرفعة  
من كون اللبن تابعا تقدم الجواب عنه ، وليس أوصاف السلامة  
يتقسط الثمن عليها حتى اذا فات بعضها يتخرج على تفريق الصفقة  
بخلاف اللبن فإنه يوافق على أنه يقابله قسط من الثمن ، وكون الشيء  
مقابلا بقسط من الثمن أخص من كونه مقصودا . هذا ما ذكره كثير  
من الأصحاب .

وفصل الماوردى رحمه الله فقال : ان كان بعد العقد علم بالتصرية  
ورضى ثم وقف على عيب آخر فله الرد ، لا يختلف أصحابنا فيه ،  
ويرد معها صاعا من تمر وان كان علمه بالتصرية مع العقد ثم وقف  
على عيب آخر فوجهان : خرجهما ابن أبى هريرة من تفريق الصفقة  
فحصلنا في هذه المسألة على ثلاث طرق ، وفي الرونق جزم بردها .

وحكى في رد الصاع التمر معها قولين ، وهذه طريقة رابعة : غريبة ،  
فهذه الأحوال الثلاث اللاتى تقدم الوعد بذكرهن ، والحالة الرابعة  
وهى ما اذا كان اللبن باقيا سيأتى في كلام المصنف ان شاء الله تعالى .

( فرع ) اذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة  
فله الأرش . قاله البندنجى في غير المصراة كما سيأتى ان شاء الله  
تعالى وقياسه أن يأتى هنا .

( فائدة ) قال الجورى : ان قال قائل : اذا كان انصاع إنما يرد  
بدلا للبن التصرية الذى تضمنه العقد ، فقد ردت العين مع قيمة  
النقص . فهلا كان هذا أصلا لكل نقص عند المشتري أنه يردده وقيمة  
النقص ؟ قيل : لأن المقصود فى الشاة عينها ، واللبن تابع فقد رد  
العين بكمالها ورد قيمة التالف . واذا أراد شيئا نقصت عينه ثم يرد  
العين بكمالها لأن الكل مقصود ، ولو جاز أن يرددها وقيمة النقص  
لجاز أن يرد قسمتها كلها اذا تلفت ( فان قيل ) كذا نفعل لرد قيمتها كلها

وان تلفت وهو قول أبى ثور ( قلنا ) هذا تدفعه السنة ، لأنه قيل « فهو بالخيار فيها ان شاء ردها وصاعا من تمر » ، فانما جعل له الخيار في قيمتها ، والله أعلم .

( فرع ) اذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الشاة تعين الأرض : وقد تقدم الآن عن أبى ثور أنه يرد قيمتها ، والله أعلم .

( فائدة ) قول الغزائى رحمه الله فيما تقدم قريبا فهو في حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقي بخلاف العيب الحادث . قال ابن أبى الدم : انه كذلك وصوابه أن يقول بخلاف أحد العبدین الباقيين : فان موت أحدهما يوجب في الباقي عيبا ، وهو تفريق الصفقة ، وليس للعيب الحادث هنا حدث ، بل العيب يمنع الرد بالعيب القديم . قال ولتكلف أن يتكلف تصحيح كلامه بجواب بعيد فيقول : مراده بالعيب الحادث الحاصل بتفريق الصفقة في أحد العينين بعد تلف العين الأخرى ، وهذا تكلف بعيد . انتهى . ولم يتعرض ابن الرفعة لهذا السؤال .

#### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة أو أكثر ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق : يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، لأننا لو أوجبنا صاعا بقيمة الشاة حصل للبائع الشاة وبدلها ، فوجب قيمة الصاع بالحجاز لأنه هو الأصل . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الصاع ، وان كان بقيمة الشاة أو أكثر . ولا يؤدي الى الجمع بين الشاة وبدلها ، لأن الصاع ليس ببديل عن الشاة ، وإنما هو بدل عن اللبن . فجاز كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يرد العبد مع قيمته ، ولا يكون ذلك جمعا بين العبد وقيمه لأن القيمة بدل عن العضو المتلف ) .

( الشرح ) هذا من بقية الكلام في الحالة الأولى . وهى ما اذا أراد رد المصراة بعد تلف اللبن ، وتقدم من المصنف رحمه الله اطلاق القول في جنس الواجب وبيننا الكلام في مقداره وأن من الأصحاب من أطلق حكاية الخلاف في تفاوت المقدار ومنهم من خصص : فمن المخصصين المصنف فيما ذكره هنا ، وهو اذا كانت قيمة الصاع

الواجب قدر قيمة الشاة أو أكثر ففيه الوجهان للذان حكاهما المصنف رحمه الله . وممن حكاهما كذلك مثل ما حكى المصنف نسخته القاضي أبو الطيب ، ولكنه فرض فيما إذا كان انتمر يأتي على ثمن الشاة أو على الأكثر منه . فهذا يقتضى أنه إذا كانت قيمة الصاع أقل من قيمة الشاة ولكنه يأتي على أكثرها أنه يجرى الوجهان . وجوزت أن يكون ما يوقف عليه من تعليق أبي الطيب فيها زيادة لا يوافق كلام المصنف رحمه الله ابن الصباغ في الشامل وهو كثير الاتباع للقاضي أبي الطيب .

وفرض المسألة فيما إذا كانت قيمته قيمة الشاة أو أكثر من نصف قيمتها فحصل الوقوف بما في تعليق أبي الطيب ، لأن الأكثر من ثمن الشاة هو ما زاد على نصفه . وكذلك قال الروياني والرافعي رحمهم الله : أن منهم من خص هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة . قطع بوجوب الصاع إذا نقصت عن النصف . هكذا حكاه الرافعي رضى الله عنه من غير تعيين ، وحكاه الروياني عن أبي اسحاق . فهذه النقول متفقة على أن أبا اسحاق قائل بذلك فيما إذا زادت قيمة الصاع على نصف قيمة الشاة .

وقد حكى الامام عن العراقيين الوجهين : وفرض المسألة فيما لو بلغت قيمة الصاع قيمة الشاة أو زادت . وذلك يوافق ما حكاه المصنف رحمه الله . ثم حكى عن العراقيين أيضا أنه ان زادت قيمة الصاع على مثل نصف قيمة الشاة فالوجهان جريان وليس في شيء من ذلك منافاة ، فان كلام المصنف رحمه الله ساكت عن حكم ما إذا زادت عن النصف ونقصت عن الشاة .

وكلام أبي الطيب ومن وافقه فيه زيادة بيان أن الخلاف فيها أيضا ، والقطع فيها إذا نقص عن النصف . وقد تقدم عن بعضهم إطلاق حكاية الخلاف . ولو كانت قيمة الصاع مثل نصف قيمة الشاة أو أقل وجب رده عند أبي اسحاق . صرح به الشيخ أبو حامد وغيره . وقال سليم : انه لا خلاف فيه على المذهب . وفي تعليق أبي حامد من طريق البندنجي والمجرد منها ذكر الوجهين في النصف كالأكثر . وذكر العجلي في كلامه على الوسيط والوجيز وجها بالتمديد أبدا أى أنه لا غرق بين أن يكون أقل من النصف أو أكثر ، وهذا هو الوجه

الذى تقدمت حكايته عن الخراسانيين في ذكرهم للخلاف على الاطلاق في تفاوت ذلك بتفاوت اللبن ، وزيادة قيمة التمر على الشاة أو نصفها ، فرضوه في بلاد يكون التمر بها عزيزا كخراسان •

والوجهان في المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران في طريقة العراقيين ولم يذكرهما غيرهم ، الا من حكاها عنهم كالامام والغزالي ومن وافقهما ، وذكرهما على الاطلاق كما تقدم لا يعرف الا في طريقة الخراسانيين ، والعلة التي ذكرها المصنف رحمه الله للوجه الأول انما تظهر في الفرض الذي فرضه هو • لا فيما فرضه أبو الطيب وموافقوه • ولعل المصنف رحمه الله انما عدل عن الصورة التي فرضها أبو الطيب لذلك حتى يصح استدلاله • وفي كلام الامام تعليقه بمعنى يمكن اطراده فيهما ، فانه قال : ان الرسول صلى الله عليه وسلم وان نص على الصاع من التمر فقد أفهمنا أنه مبذول في مقابلة شيء فأتت من المبيع يقع منه موقع التابع من المتبوع ، فينبغي أن لا يتعدى على هذا حد التابع ، والغلو في كل شيء عذوم ، وقد يغلو المبيع للفظ الشارع فيقع في مسلك أصحاب الظاهر •

ووجه الغزالي رحمه الله بأننا نعلم أنه عليه السلام قدره به ، لأنه وقع في ذلك الوقت قريبا من قيمة اللبن المجتمع في المزرع ، ولك أن تقول : ان هذا يقتضى أن لا يضبط ذلك بنصف قيمة الشاة ، وانا اذا علمنا زيادة قيمة الصاع على ما في زمان النبي صلى الله عليه وسلم لم نوجبه ، وعلة العراقيين سالمة عن هذا السؤال ، ولكن هذا يوافق الوجه الذاهب بأن الوجه من التمر بمقدار قيمة اللبن مطلقا ، وسيأتى في التفريع ايضاح لهذا ان شاء الله تعالى •

وممن نسب هذا الوجه الى أبي اسحاق كما نسب المصنف شيخه أبو الطيب والبندنجي وسليم وابن الصباغ رحمهم الله • وقال سليم : انه أصح ، وهذا الوجه يرى أنه لا يجب الصاع في هذه الحالة ، وسنذكر في التفريع حقيقة ما يوجبه ، ونتعرض فيه الى لفظ المصنف ان شاء الله تعالى •

والوجه الثاني حكوه عن الأصحاب ، وهو الأصح ، وممن صححه

الجرجاني والرافعي وابن أبي عصرون أنه يلزمه الصاع وإن زادت قيمته على قيمة الشاة للحديث . واطلاق نص الشافعي رضي الله عنه أيضا يقتضي ذلك . ولكنه غير مصرح به إنما صرح أنه لا فرق بين أن يكثر اللبن أو يقل . ولا فرق بين أن تكون قيمته وقيمة اللبن سواء أو متفاوتة كما تقدم عنه . وأما قيمة الصاع مع قيمة الشاة فلم يتعرض لها في ذلك الكلام . لكن إطلاقه يقتضي أن لا فرق أيضا ولأن الصاع بدل عن اللبن فلم يدل على مساواته له ، فإذا لم تعتبر مساواته نه فقدم اعتبار مساواته للشاة أولى . وقد تقدم عن حكاية الشيخ أبي محمد أن ابن سريج مال إلى ذلك القول ، ولعله المراد ببعض الأصحاب هنا ، وقد أجاب المصنف عما تمسك به أبو اسحاق بما ذكره . وهو حق ، والمسألة التي استشهد بها فيما إذا غصب العبد وخصاه صحيحة على القول الجديد ، أن جراح العبد تتقدر من قيمته كجراح الحر من دينه ، فإنه على هذا يجب عليه كمال القيمة ، وعلى القديم وهو أنها لا تتقدر ، فالواجب ما نقص من القيمة ، فإن لم ينقص شيء فلا شيء عليه وإن نقص وجب عليه ذلك النقص وهذا مبين في باب الغصب .

وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة كما لو قطع يديه ورجليه ونقص من قيمته أكثر من النصف ، فإنه على القديم يصح الاستشهاد بهذه المسألة أيضا فإنه يردده ويرد أكثر من نصف قيمته على القديم ، والقاضي أبو الطيب لم يستشهد بما ذكره المصنف رحمه الله ، وإنما استشهد بما إذا يباع سلعة بعبد قيمة كل منهما ألف ، ثم يزيد العبد فتبلغ قيمته ألفين ، ويجد المشتري في السلعة عيبا فيردها ويسترجع العبد ، وقيمته ألفان ، وذلك قيمة الثمن والمثمن . وما استشهد به المصنف رحمه الله تبع فيه الشيخ أبا حامد ، وهو أولى ، لأن الزيادة هنا في القيمة فقط ، والعين المستردة واحدة لم يسترجع معها شيئا آخر ، ومسألة الغصب استرجع مع العبد الناقص قيمته فكان نظير استرجاع الشاة التي ذهب لبنها مع صاع يساوي قيمتها .

وقد يقول المنتصر لأبي اسحاق : إن الأصل في المصراة ضمان اللبن التالف ببذله على قياس المتلفات ، لكن الشارع جعل الصاع بدلا لما في ذلك من قطع النزاع مع قرب قيمة الصاع من قيمة اللبن

في ذلك الوقت غالبا ، فاذا زادت قيمته على ذلك زيادة مفرطة فبعد اقامته بدلا عن لبن لا يساوى جزءا منه يقع موقعا يخالف ضمان ما فات من العبد المصوب فان ذلك واجب متأصل •

( والجواب ) عن هذا أن الشرع لما أوجب في لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتا ظاهرا بدلا واحدا ، علم أن ذلك بدل في جميع الأحوال والشرع اذا أناط الأمور المضطربة بشيء منضبط لا ينظر الى ما قد يقع نادرا ، واذا وقع ذلك النادر لا يلتفت اليه بل يجرى على الضابط الشرعى ، لاسيما والمشتري ههنا يتمكن من الامساك ، فان أراد فسييله رد ما جعله الشرع بدلا •

وقول الامام : ان الغلو مذموم ( جوابه ) أن المعنى اذا ظهر وسلم وجب اعتباره ، واذا لم يسلم وجب اتباع اللفظ • ولا يسمى ذلك غلوا مذموما ، والمختص بأهل الظاهر الذى ذموا به هو التمسك باللفظ مع ظهور المعنى وصحته بخلافه ، والعالم في الحقيقة هو الجامع بين اللفظ والمعنى ، والله أعلم •

وقال صاحب الوافى فيما أجاب به المصنف عن قول أبى اسحاق بأن الصاع — وان كان قيمة اللبن — الا أنه لم يكن مقصودا ، وانما كان على سبيل التبع ، ولا يزيد على قيمة المتبوع الذى هو الشاة ، وهذا الكلام ليس بالقوى بالنسبة الى ما تقدم ، ونقل الامام عن صاحب التقريب أنه قطع جوابه باعتبار قيمة الوسط في صورة الوجهين •

( التفريع ) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال ( وان قلنا ) بالوجه الأول ، وقول أبى اسحاق : انه لا يجب الصاع في هذه الحالة فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب عليه قيمة صاع بالحجاز ، وهكذا قال جماعة من العراقيين والرافعى رحمه الله •

وقال القاضى أبو الطيب : انه يقوم بقيمة المدينة وهو أخص ، فان الحجاز يشمل مكة والمدينة واليمنية ومخاليفها ، كما فسره الشافعى والأصحاب رضى الله عنهم ، وذكره المصنف في كتاب الجزية ، نسأل الله تعالى أن ييسر علينا الوصول الى ذلك المكان في خير وعافية •

وقال ابن الرقعة : ان من أطلق الحجاز أراد المدينة كما قاله القاضى أبو الطيب لأن الخبر ورد فيها ، ويوافقه ما تقدم عن المسوردي

انه عند الاعواز يرجع الى قيمة المدينة على أحد الوجهين • هذا ما ذكره العراقيون على قول أبي اسحاق وأما الامام فانه قال : ان لم نر ايجاب الصاع في هذه الصورة اعتبرنا القيمة الوسط للتمر بالحجاز واعتبرنا بحسب ذلك قيمة مثل ذلك الحيوان اللبون بالحجاز واذا نحن فعلنا هكذا جرى الأمر في المبذول على الحد المطلوب ، وهكذا لكلام من الامام فيه اجمال •

وقال الغزالي في الوسيط : على هذا الوجه يعدل بالقيمة ، فنقول قيمة الشاة وسط ، وقيمة صاع وسط في أكثر الأحوال ( فان قيل ) هو عشر الشاة مثلا ، أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، وكذلك قال ابن عبد السلام في اختصاره للنهاية : انه يعتبر قيمة تلك المصرة بالحجاز ، والقيمة المتوسطة للتمر بالحجاز فيجب من التمر بهذه النسبة ، وكلام الامام المذكور كالظاهر في هذا المعنى وتنزيله عليه ، ولم يذكر الامام في التفريع على الوجه الذي حكاه العراقيون في هذه الصورة غير ذلك ، لأن الوجهين المذكورين على مقتضى نقله يتفرعان على أن الواجب هو الصاع •

وأما الوجه الآخر الذي حكاه في صدر كلامه أن الواجب مقدار قيمة اللبن من التمر كيف كان ، فلم نذكره هنا ، لأنه قسيم الوجه الذي عليه يفرع ، فلذلك لم يذكر هنا الا وجه التعديل ، وعبارته بعد ذلك في لبن الجارية المصرة قدر قيمة اللبن من التمر أو القوت لا يناقض ذلك ، لأن مقصوده به الوجه المذكور هناك في صدر كلامه ، ولا يجيء عليه قول التعديل •

وقول الغزالي : اذا قيل : هو عشر الشاة مثلا أوجبنا من التمر ما هو قيمة عشر الشاة ، مراده — والله أعلم — بالشاة الأولى الشاة الوسط ، وبالشاة الثانية الشاة المصرة المبيعة ، مثاله اذا قيل : قيمة الصاع الوسط في الغالب درهم وقيمة شاة وسط في الغالب عشرة ، وقيمة الشاة المبيعة خمسة ، فانا نوجب من الصاع نصف عشر ما يساوي عشر قيمة الشاة ، كما اذا كان الصاع في ذلك الوقت مثلا بخمسة ، فنوجب منه عشرة ، وهو يساوي نصف درهم ، وان كان الصاع في ذلك الوقت يساوي ثلاثة ، فنوجب سدسه ، لأنه يساوي عشر قيمة هذه الشاة وهو نصف درهم •

إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعي رحمه الله عن الامام أنه يعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز ، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز ، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، ولم أر في النهاية الا ما حكيت قبل ذلك من الكلام الذي فيه اجمال ، ونسبت الكلام الذي فيه اجمال الى والكلام الذي بعده في الجارية ، وقد ثبت أنه لا تناقض بينهما ، وأن كلام الامام الأول منزل على ما قاله الغزالي وبين الغزالي والرافعي اختلاف فان الغزالي ينسب قيمة الصاع من قيمة الشاة ، فإذا كان قيمة الصاع عشر قيمة الشاة أوجب عشر الصاع وأول كلام الرافعي رضى الله عنه يقتضى ذلك ، لكن آخره يقتضى نسبة اللبن من قيمة الشاة فانه قال : فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلا أوجبنا من الصاع عشر قيمة الشاة ، واللبن لم يجر له ولا لتقويمه ذكر ، وانما ذكر التمر فالوجه أن يقول : فإذا كان التمر وقد جوزت أن يكون ذكر اللبن بدل التمر سهوا من ناسخ ، لكنه هكذا فيما وقفت عليه من النسخ وفي نسخ الروضة أيضا . فأول كلام الرافعي وآخره لا يلتزمان التاماً ظاهراً ، الا أن يكون المراد بقيمة اللبن على حذف مضاف ويكون المراد بقيمة اللبن التمر ، لأنه بدله ، وذلك تعسف على أنه يمكن أن يقال بالآخر فقط بأن يقوم اللبن وتقوم الشاة وينسب قيمة اللبن منها ، لكن صدر كلام الرافعي وكلام الامام يأبى ذلك ، ويقتضى تقويم التمر ، وأيضا لا أعلم أحدا من الأصحاب قال بتقويم اللبن ، ثم ان كلام الرافعي والغزالي رحمهما الله متفقان على أنا بعد النسبة نوجب من الصاع ما اقتضته النسبة ، فنوجب في المثال المذكور أن يرد من الصاع تمرا يساوى عشر قيمة الشاة ، وذلك مخالف لما قاله جميع العراقيين من أن المردود فيه الصاع بالحجاز وبين الكلامين تفاوت ظاهر .

والظاهر من كلام العراقيين أنه لا يرد شيئا من التمر . قال ابن الرفعة : وهو الأشبه بمذهب أبى اسحاق فانه يرى أن الصاع من التمر أصل لأجل الخبر كيف كان الحال ، وأنه الواجب ، وما يوجد يكون بدلا عنه ولا يجوز أن يجعل بعض صاع بدلا من صاع .  
( فرع ) هو من تنمة الكلام في ذلك . اشترى شاة بصاع تمر

ثم أراد ردها بالتصرية ففيه وجهان حكاهما الماوردى فى الحاوى وغيره .  
 ( أحدهما ) وهو الأصح يردّها ويرد معها صاعا ، ولا اعتبار  
 بزيادة الثمن ونقصه كما لا اعتبار بقلّة اللّبن وكثرتة ، ولا يكون ذلك  
 ربا ، لأن الرّبا فى العقود لا فى الفسوخ ، قال صاحب التّمة :  
 إلا أن ذلك سوء تدبير منه فى المال فيقتضى الحجر ( قلت ) ومتى  
 فرض الأمر كذلك فينبغى امتناع الرد ، لأنه سفه كما تقدم لنا ،  
 فيما إذا صارفه دراهم بدنانير على عينها ، وخرج ببعضها عيب كخسونة  
 الفضة وقلنا يجوز التفريق .

( فان قلنا ) الاجازة بكل الثمن قال القاضى أبو الطيب : لم يكن  
 له حظ فى رد المعيب ، لأنه سفه فنبتقيه على ملكه أصلح له ، وقد تقدم  
 ذلك ، وأن غير أبى الطيب يشعر كلامهم أنه يتعين العدول الى قول  
 الاجازة بالقسط ، قياس ذلك أن يتفقوا على امتناع الرد ، ورد الصاع ،  
 ثم اما أن يمنع الرد مطلقا وهو قياس قول أبى الطيب واما أن يرجع الى  
 القول الآخر الذى سيأتى ، وهو قياس الاحتمال الآخر فى مسألة  
 الصرف فراجع هناك .

( والوجه الثانى ) فى هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية من  
 الثمن لأن الرد لاستدراك النقص ، فعلى هذا يقوم الشاة لو لم  
 تكن مصراة فاذا قيل عشرة قومت مصراة ، فاذا قيل ثمانية ، علم أن  
 نقص التصرية هو الخمس ، فيرد المشتري معها خمس الصاع الذى  
 اشتراها به ، فهذا الوجه الذى فى هذه الصورة هو موافق لما  
 قاله الغزالى والرافعى ، فتأيد ما قلناه به .

قال ابن الرفعة : لا ، لأن ما قاله الغزالى فيما اذا ساوت قيمة  
 الصاع قيمة الشاة لا الثمن ، وما ذكره الماوردى فيما اذا ساوى  
 الصاع الثمن وبينهما فرق ، لأن التمر قد يكون بقدر قيمة الشاة ،  
 وقد يكون أكثر منها ، وقد يكون أقل ، نعم الغالب مقارنة الثمن للقيمة ،  
 وهذا الوجه قائله ناظر فيه الى الغلبة ، ومع هذا يصح أن تعضد  
 الخلاف الذى ذكره الغزالى به . وفى هذا الفرع وجه ثالث ذكره  
 الجورى أنه يرد الشاة وقيمة اللّبن ذهباً أو ورقا ، قياسا على ما  
 اذا اشترى حليا بمثله من الذهب ، ثم وجذ به عيبا وحدث عنده

عيب . ووجه رابع مجزوم به في تعليق الطبرى عن ابن أبى هريرة أنه يردّها ولا شئ عليه .

( فرع ) هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة . هو الذى ذكره أكثر العراقيين . وقد تقدم عن الماوردى فيما اذا أعوز التمر حكاية وجه أنه يعتبر قيمة أقرب البلاد اليه تفريرا على قول أبى اسحاق . وقياس ذلك أن يأتى هنا فانه لا فرق بين أن يعوز التمر وبين أن يجوز له العدول الى القيمة ، فاذا ضمت ذلك وما قاله الغزالى رحمه الله في كلام المصنف رضى الله عنه حصل لك في هذه المسألة — أعنى مسألة الكتاب — أربعة أوجه ( أصحها ) وجوب الصاع ( الثانى ) وجوب قيمته بالمدينة ( الثالث ) وجوب قيمته بأقرب البلاد اليه ( الرابع ) وجوب بعض صاع لمقتضى التوزيع ، ليس في الفرع الذى قاله الماوردى الوجهان اللذان ذكرهما عند امكان رد التمر ، وما حكيناه عن الجورى وابن أبى هريرة ، وأما ان أعوز فسيأتى ان شاء الله تعالى .

( فرع ) اذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما اذا اشتراها بتمر وهو الأصح ، فلو أنه رضى بها ثم أراد الاقالة قال القاضى حسين وصاحب التتمة : ان قلنا الاقالة عقد فلا يجوز لأنه يلزمه أن يرد بدل اللبن تمرا ، فكأنه باع ثاة وصاع تمر بتمر .

( وان قلنا ) الاقالة فسخ جاز ، لأن الفسوخ لا ربا فيها ( قلت ) وهذا الخلاف في الاقالة يأتى على كل من الوجهين اللذين حكاهما الماوردى ، وأما الذى حكاه الجورى أنه يرد قيمة اللبن نقدا فيجوز ، سواء قلنا الاقالة بيع أو فسخ .

( فرع ) عن البندنجى أنه يعتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعا من تمر بالحجاز ، ولقيه بخراسان ، له مطالبة بقيمة الحجاز يوم المطالبة ، وليس له مطالبة بالتمر ، كذا هنا ، وكذلك يقتضيه كلام الشيخ أبى حامد ( قلت ) فلو فرضنا قيمة التمر يوم الرد بالحجاز كثيرة تزيد على نصف قيمة الثاة لغلاء سعر التمر ورخص الثاة . فكيف الحال في ذلك ( يمكن ) أن يقال يلزمه ذلك كما في القرض . ويمكن أن يقال يتعين التمر لأنه الأصل ولا فائدة في العدول عنه ،

وقد تقدم من كلام الامام أنه يعتبر القيمة الوسط ، وينبغي أن يحمل ذلك على الوسط من الأنواع حتى يكون موافقا لكلام البندنيجي ، لكن قول الغزالي في أكثر الأحوال ظاهر بخلافه ، وأنه لا يعتبر وقت الرد ، وما قاله العراقيون أقل .

( فرع ) الذى يقول بايجاب شئ من التمر فيما اذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع . قال ابن الرفعة : ليت شعري ماذا يقول عند فقد التمر فليته قال والظاهر أنه يقول : برد ما اقتضاه التوزيع من القيمة ، وعلى ما ذكره العراقيون يكون الواجب قيمة صاع من تمر الحجاز كما سلف ، وتقدم وجه آخر عن الحاوي أنه يجب قيمة صاع تمر بأقرب بلاد التمر اليه . ( قلت ) وما قاله انه ظاهر متعين على هذا الوجه وحينئذ يكون في هذه الصورة أربعة أوجه ( أصحها ) ايجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة ( والثاني ) قيمة الصاع بأقرب البلاد ( والثالث ) ايجاب قيمة بعض الصاع بالمدينة على ما اقتضاه التوزيع ( والرابع ) ايجاب بعض قيمة صاع بأقرب البلاد اليه ، وقد تقدم ما ذكره الجورى وابن أبى هريرة .

( فائدة ) قول المصنف رحمه الله : لأنه هو الأصل ، أى لأن التمر هو الأصل . كذلك صرح به الشيخ أبو حامد ، فيحمل كلام المصنف عليه ، ويكون المعنى أن صاع التمر بالحجاز هو الأصل ، فاذا تعذر رده رجعنا الى قيمته بالحجاز كمن أقرض تمرا بالحجاز ولقيه بخراسان فطالبه بقيمة الحجاز .

( فرع ) رأيت في شرح التنبيه لابن يونس أنه اذا أراد قيمة الصاع فانا نوجب فيه صاعا من تمر بالحجاز ، ويشبه أن يكون في النسخة تصحيف ، ولعله يوجب قيمة صاع ، والله أعلم .

( فرع ) تقدم في جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه ، وفي مقداره أربعة أوجه ( أصحها ) صاع تمر ( والثاني ) بقدر قيمة التمر ( والثالث ) ان زاد الصاع فيما يقتضيه التعديل والا وجب الصاع ( والرابع ) ان زاد فالواجب القيمة بالحجاز والا فالواجب الصاع : ولم يقل أحد فيما أعلمه أنه ان زاد انصاع فالواجب قيمة الصاع من التمر والا وجب التمر ، فاذا خلطت للأوجه بعضها ببعض

وجمعتهما حصل لك فيما ترده مع المصرة خمسة وعشرون وجها من ضرب الأربعة في ستة •

( وأما ) السابع وهو ما حكاه أبو محمد فلا يأتي خلاف في المقدار فيه ، وترتيبها هكذا ( أصحها ) أن الواجب صاع من تمر مطلقا — كثر اللبن أو قل — زادت قيمته أو نقصت ( الثاني ) صاع من القوت الغالب ( الثالث ) صاع على التخيير بين الأقوات ما عدا الأقط ( الرابع ) التمر أو ما هو أعلا منه ( الخامس ) التمر أو غالب قوت البلد ( السادس ) لو كان التمر موجودا فصاع منه والا فصاع من الغالب فهذه ستة ، ومثلها أن الواجب بقيمة اللبن من هذه الأشياء على الخلاف فيها صارت اثني عشر ، وستة ان زادت قيمة الصاع على الشاة أو نصفها فالواجب ما يقتضيه التعديل من هذه الأشياء الستة على الخلاف فيها وان لم تزد فالواجب الصاع من الأمور المذكورة فهذه ثمانية عشر وستة ، أنه ان زادت قيمة الصاع فالواجب قيمته والا فهذه الأشياء الستة على الخلاف ، والخامس والعشرون ما حكاه الشيخ أبو محمد من الجرى على قياس المضمونات وهو أضعفها ، ولا يمكن أخذه مع الأربعة ، والله أعلم •

( فرع ) فان كان باع الشاة المصرة بصاع من تمر ، فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها ، هذه الخمسة والعشرون المذكورة وثلاثة أخرى ( أحدها ) أنه يجب من الصاع بقدر نقص التصرية من التمر ( والثاني ) يرد قيمة اللبن ذهباً أو فضة ( والثالث ) يردها ولا شىء عليه ، فقد تقدم ذلك ، واعلم أن تركيب هذه الوجوه ذكر لتستفاد ويعرف كيفية النظر في ذلك ولكن اثباتها لذلك متوقف على أن كل واحد من أصحاب الوجوه قائل بالوجوه التي تركب معها ، حتى يصح التركيب ، وقد فعل الأصحاب مثل ذلك في مواضع ، والله سبحانه وتعالى أعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان ما حلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق : لا يجبر البائع على أخذه لأنه صار بالحلب ناقصا لأنه يسرع اليه التغير فلا يجبر على أخذه • ومن أصحابنا من قال : يجبر لأن نقصانه حصل لمعنى يستعلم به العيب فلم يمتنع الرد ،

ولأنه لو لم يجز رده لنقصانه بالحلب لم يجز افراد الشاة بالرد . لأنه افراد بض المعقود عليه بالرد ، فلما جاز ذلك ههنا — وان لم يجز في سائر المواضع — جاز رد اللبن ههنا مع نقصانه بالحلب ، وان لم يجز في سائر المواضع ) .

( الشرح ) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصرة ، وهى اذا أراد ردها بعد الحلب واللبن باق ، وهذا على قسمين ( أحدهما ) أن يكون قد حمض وتغير فلا خلاف أن البائع لا يكلف أخذه ( والثانى ) أن لا يكون كذلك ، وهى صورة الكتاب ففيها وجهان ( أحدهما ) وهو قول أبى اسحاق أنه لا يجب على البائع أخذه لما ذكره المصنف رحمه الله وفيه تنبيه على أنه ليس من شرط المسألة أن يأتى عليه زمان ، بل لو كان عقب الحلب لم يجب أخذه ، لأنه صار يسرع اليه التغيير ، فنقص عما كان فى الضرع ، وقول المصنف رحمه الله بعد ذلك : فلا يجبر على أخذه ، تأكيد لأنه قد ذكر ذلك أولا ، ويمكن تعليل هذا الوجه أيضا بأن اللبن الموجود عند العقد الذى يستحق بدله اختلط باللبن الحادث المختص بالمشتري ، فاذا سمح به لا يجبر البائع على قبوله ، وهذا قد يخدمه الخلاف المذكور فى الأخبار فى مسألة اختلاط الثمار ومسألة النعل ، ومسألة الحنطة المختلطة ، فيكون الاقتصار على العلة الأولى أولى .

( وقد يقال ) انه لا يصار الى الأخبار فى المسائل المذكورة الا للضرورة : ألا ترى أن النعل اذا لم يكن نزع معيبا فلم ينزعه لا يجب قبوله ؟ وههنا لا ضرورة تدعو الى قبول اللبن لا مكان رد التمر الذى قدره الشرع ، وممن صحح هذا الوجه ابن أبى عصرون والرافعى رضى الله عنهما . وقال الرويانى فى البصر : انه الأصح عند جمهور أصحابنا . وبه جزم الماوردى .

( والوجه الثانى ) أنه يجب على البائع قبوله ، ويجبر عليه لما ذكره المصنف . والاعتذار بكون ذلك لاستعلام العيب ، وهو الذى ذكره القاضى أبو الطيب . مستمر على الأظهر من القولين فى تلك المسألة . وكأنه اذا كسر منه قدر ما يفرق به العيب غرده قهرا ، وقاسوه على مسألة المصرة : هذا والقول الثانى فى تلك المسألة بمسألة المصرة التى قاسوا عليها رد الشاة بدون اللبن . فانه جائز

قولا واحدا مع النقصان الذي حصل فيها بالحب ، لأجل أن ذلك لاستعلام عيب الشاة ، وليس مرادهم مسألة اللبن التي فيها • اذ لا يحسن تخريج قول على وجه ، وحينئذ فمسألة اللبن هذه فرد من أفراد تلك المسائل المسندة الى رد المصرة بعد نقصها بالحب •

( الثانى ) أنه اذا كان النقص الذي يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين في تلك المسائل وبلا خلاف في رد الشاة نفسها بعد الحب ، فلم لا كان هنا في رد اللبن كذلك ؟ ولم حكم الجمهور بأن الصحيح عدم الاجبار ؟ •

( فالجواب ) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشاة ، وما لا يوقف على عيبه الا بكسره فانه مشتمل على عيب قديم بسببه يرد ، فنقصه لاستعلام عيبه ، واللبن نقصه لاستعلام عيب غيره وهو الشاة والحاقه بما نقصه لاستعلام عيبه يحتاج الى بيان ، والتمييز بين النوعين كاف في الفرق ( وأيضاً ) النقص لاستعلام العيب لو قلنا بأنه يمنع في غير هذا الموضع لأدى الى بطلان رد المعيب ، وههنا لا يؤدي الى ذلك ، لأن الشرع جعل اللبن بدلا يرده مع الشاة المعيبة ، واللبن ليس بمعيب فلا يلزم من اغتفاره في محل الضرورة اغتفاره حيث لا ضرورة •

( الثالث ) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره ، نقول بأنه يلزم الأرض على قول ، وان كان الأظهر خلافه ، وأما ههنا على الوجه بأن له رد اللبن لا نعلم أحدا قال بأن المشتري يغرم مع ذلك تفاوت ما بين قيمة اللبن في الضرع وقيمه محلوبا • وهذا يحرك لنا بحثا ، وهو أن التمر يتقسط على الشاة ، واللبن الذي في ضرعها ، كما تقدم ، وذلك باعتبار قيمتهما ، فهل تعتبر قيمة اللبن في الضرع أو بعد الحب ؟ وقد يقال انه في الضرع لا يمكن تقويمه كالحمل في البطن ، لكننا اذا كنا نعلم أنه بعد الحب أنقص مما في الضرع ، وحين المقابلة كان في الضرع ، والمعتبر في التقسيط وقت العقد ، فهذا البحث حركته لننظر فيه ، فان كان يعتبر قيمته في الضرع وبالحب ينقص عن ذلك ، فكان قياس ذلك الوجه ايجاب الأرض ، ولا أعلم من قال به • وان كان يعتبر قيمته بعد الحب فلا نقص حينئذ ولا يحتاج أن يعتذر بأنه نقص حدث لاستعلام العيب •

( الرابع ) أنا اذا قلنا بأن للمشتري رد اللبن فهل له امساكه ورد للشاة ؟ قال صاحب التتمة : ان كان قد أمسكها زمانا يحدث في مثله لبن لا يكلف الرد ، لأن الحادث بعد العقد ملكه فلا يلزمه رده . وان حلب عقيب الشراء وقلنا على البائع قبول اللبن لأنه عين حقه . فعلى المشتري رده اذا أراد الفسخ . وليس له رد البذل . لأن حقه في يده .

( الخامس ) أن القائل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق الفسخ ؟ كما لو اشترى عينين فوجد باحدهما عيبا فان له أن يرد الجميع . ان كان كذلك فينبغي عند هذا القائل أنه اذا أراد امساك اللبن ورد الشاة يجرى فيها الخلاف فيما اذا أراد أن يقرض إحدى العينين بالرد فعلى قول يمتنع عليها الأفراد بالرد ، وهو يوافق ما تقدم عن صاحب التتمة عند عدم اختلاط اللبن بلبن جديد ، وعلى قول لا يمتنع ، وان لم يكن بطريق الفسخ فيماذا يجبر البائع على قبوله ؟ وحقه في القمير واللبن على ملك المشتري بمقتضى العقد ؟ فتلخص أن صاحب هذا الوجه يلزمه أن يوجب رد اللبن عند بقاءه وهو خلاف ظاهر الحديث .

( السادس ) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم رد المصراة ؟ اذا قلنا الخيار فيها على الفور حتى اذا أخر بطل اجبار البائع عليه ، ويقتصر على رد الشاة ، أو نقول رد الشاة على الفور واللبن الى خيرة المشتري ؟ لم أر في ذلك نقلا ، وهو يلتفت على ما تقدم من البحث في أن ذلك هل هو بطريق الفسخ أو لا ، فان كان بطريق الفسخ كان على الفور ، وكل هذه التفريعات المضطربة سببها ضعف هذا الوجه القائل بأن له رد اللبن قهرا .

( السابع ) قول المصنف رحمه الله : « ولأنه لو لم يجز الرد » الى آخره هو الدليل الثاني في كلامه الذي وعدت بالكلام عليه ، وهو دليل مستقل غير ناظر الى أن النقصان لأجل الاستعلام أو لا ، وبهذا يخالف ما قدمته من أن هذه المسألة ، ومسألة ما لا يوقف على عيبه الا بكسره جميعا ، يرجعان الى مسألة رد المصراة مع نقصها بالحلب ، وهذا الدليل الذي ذكره المصنف رحمه الله غير ذلك لأنه جعل امتناع رد اللبن مستلزما لامتناع افراد الشاة بالرد ، وعلل الأول بالنقص بالحلب ، والثاني بأنه افراد بعض العقود

عليه ، وذلك غير النقص بالحب ، فلم يحصل الجمع بينهما به ، وإنما مقصوده قياس النقصان بالحب على النقصان بالافراد فان افراد بعض المعقود عليه نقص •

وسكت المصنف رحمه الله عن ذلك لوضوحه ولذكره في موضع آخر وهو ما اذا اشترى عينين صفقة واحدة فانه لا يجوز افراد أحدهما بالرد ، أما جزما اذا كان العيب بهما ، أو على الأظهر اذا كان بأحدهما ، واذا كان افراد بعض المعقود عليه نقصا • فلو امتنع رد اللبن بنقصانه بالحب لامتنع افراد الشاة لنقصانها بالافراد والجامع بينهما مطلق النقصان فلما جاز رد الشاة ههنا وافرادها عن اللبن اتفاقا ولم يجعل النقصان بالافراد مانعا — وان كان مانعا في سائر المواضع — ونجب أن يجوز رد اللبن ، ولا يجعل النقصان بالحب مانعا — وان كان مانعا في سائر المواضع — هذا تقرير هذا الدليل ، ولا بد من الجواب عنه اذ الأصح في المذهب خلافه •

وطريق الجواب أن الأصل أن النقص مانع ، ولا يلزم من مخالفة الأصل في موضع مخالفته في كل موضع الا أن يتبين أن المعنى الذي استثنى لأجله نقصان افراد الشاة بالرد عن سائر مواضع الافراد موجود في النقصان بالحب ههنا ، حتى يستثنى عن سائر مواضع النقص ، وصحة القياس متوقفة على ثبوت ذلك ، وهو غير بين •

( الثامن ) أن الأصحاب أطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاها المصنف رحمه الله ، وكلام الشيخ أبي حامد يقتضي حكاية الوجهين عن أبي اسحاق ولذلك الرويانى قال : ان أبا اسحاق أشار في الشرح الى وجهين ، والمصنف وابن الصباغ جعل القول بعدم الاجبار قول أبي اسحاق ، وكلام أبي الطيب محتمل لما قاله أبو حامد ، ولما قاله المصنف ، فانه قال: لا يجبر عليه ، ذكره أبو اسحاق في الشرح وقال : لأنه صار معيبا ، وفيه وجه آخر أنه يجوز ، وبقيّة الأصحاب يذكرون الوجهين غير منسوبين ، والجمع بين ذلك كله أن أبا اسحاق ذكر في شرحه الوجه الذى اختاره والوجه الآخر •

( التاسع ) أن هذا كله في رده على جهة القهر ، أما لو تراضيا على ذلك ، قال الماوردى والرويانى في البحر : جاز ، وقد تقدم

ذلك عن البغوى والرافعى رحمهما الله أنه لا خلاف فيه ، ونبهت هناك أنه هل هو من باب الاعتياض ؟ أو من باب الرد بالفسخ ؟ وأن ابن المنذر خالف فيه ، ومقتضى كلامه المخالفة ههنا ، وهو أحد قولى المالكية ، وأن ابن المنذر جعله من باب الاعتياض وذكرت بحثا هناك يقتضى أنه ليس كذلك وأنه يجوز ، فلينظر ذلك البحث فى فرع عند شرح قول المصنف « وان أجاز رد المصراة بدل اللبن » .

( فرع ) قسم المرعتى العيب الحادث عند المشتري الى قسمين ( أحدهما ) المصراة يردّها ناقصة عما أخذت عليه من كون اللبن فى ضرعها ، وما سوى المصراة ثلاثة أضرب ( أحدها ) يرد قولاً واحداً كالغنب والخيار يغمره بعود أو حديدة فيقتبين أنه مر ( والثانى ) فيه قولان كالثوب يقطع ثم يعلم عيبة ( والثالث ) ثلاثة أقوال اذا كسرنا ما لا نوقف على عيبه الا بكسره ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى فى الرد بالعيب ، وفيه توقف نذكره هناك ان شاء الله تعالى .

( فرع ) اذا اشترى شاة وجز صوغها ، ثم وجد بها عيباً — ان كان الجزلاستلام العيب — لم يمتنع الرد ، وجبى مجرى الحلب .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :

( أحدها ) أنه يردّها ويرد معها صاعاً لأنه يقصد لبنها فثبت بالتدليس له فيه الخيار ، والصاع كالشاة .

( والثانى ) أنه يردّها لأن لبنها يقصد لتربية الولد ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد ولا يرد بدله ، لأنه لا يباع ولا يقصد بالعوض .

( والثالث ) لا يردّها لأن الجارية لا يقصد فى العادة الا عينها دون لبنها .

( والرابع ) لا يردّها ، ويرجع بالأرض لأنه لا يمكن ردها مع عوض اللبن لأنه ليس للبنها عوض مقصود ، ولا يمكن ردها من غير عوض ،

لأنه يؤدى الى اسقاط حق البائع من لبنها من غير بدل ، ولا يمكن اجبار المبتاع على احساكها بالثمن المسمى ، لأنه لم يينزل الثمن الا ليسلم له ما دلل به من اللبن ، فوجب أن يرجع على البائع بالأرثى ، كما لو وجد بالمبيع عيبا وحدث عنده عيب ) •

( الشرح ) الكلام فى هذا الفصل ، والفصل الذى بعده يحتاج الى أصل ، وهو أن المنصوص عليه فى كلام الشافعى رحمه الله حكم الابل والغنم والبقر ، والصحيح المشهور أنه يعم جميع الحيوانات المأكولة ، والمصرح به من ذلك فى الحديث هو الابل والغنم ( وكثير ) من الأصحاب يجعلون حكم البقر ثابتا بالقياس وبه يشعر كلام الشافعى رحمه الله فى المختصر ( ومنهم ) من يأخذه من النص فى الحديث الذى لفظه « من اشترى مصراة » فانه عام ، وقد تقدم ذلك ، واتفقوا على اثبات الحكم فى البقر اما بالنص واما بالقياس ، فان القياس فيها ظاهر جلى وهى فى معنى الابل والغنم ، فلذلك اتفقوا على ثبوت الحكم فيها •

أما ما عدا ذلك من الحيوانات كالجارية والأتان ، فلا يظهر فيهما أنهما فى معنى الأصل المنصوص عليه ، وعقد المصنف رحمه الله هذا الفصل والذى بعده للكلام فيهما ، والذى تجرى أحكام المصراة عليهما فطريقه فى ذلك اما القياس وان كان ليس فى الجلاء والظهور كالأول ، واما ادراجها فى عموم قوله « من اشترى مصراة » والذى لا تجرى عليهما أحكام المصراة طريقه قطع القياس ، ويتبين أنهما غير داخلين فى عموم قوله : مصراة ( اما ) بأن الاسم غير صادق عليهما عند الاطلاق ( واما ) باخراجهما من اللفظ بدليل ، وقد يقال : ان من جملة ما يدل على اخراج الجارية قوله فى الحديث : « بعد أن يحلبها » فان ذلك يقتضى قصر الحكم على ما يصدق عليه اسم الحلب ، وفى اطلاق الحلب على الجارية نظر •

( واعلم ) أن قاعدة مذهب الشافعى رضى الله عنه ، كما ذكره الامام ، يدل على أن ثبوت الخيار فى المصراة جار على القياس ، واذا كان كذلك فيسوغ الحاق غير المنصوص عليه بالمنصوص ، والمصنف رحمه الله وكثير من الأصحاب لم يذكروا الحديث الذى فيه صيغة

العموم ، وانما ذكروا النص في الابل والغنم ، وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين :

( قسم ) التصرية موجودة فيه في غير الابل والغنم ( وقسم ) فيه معنى يشبه التصرية ، فذكر المصنف رحمه الله الجارية في هذا الفصل والأنتان في الذي بعده لأنهما ملحقان عند من يقول باللاحق بالابل والغنم لشمول التصرية بالجميع ، وذلك بعد تجميع شعر الجارية ، ولأنه ملحق بالتصرية فلذلك آخره وله مراتب في الظهور كتجميع الشعر ، فيلحق ، والخفاء كنقطة من المداد على ثوب العبد فلا يلحق ، وبين ذلك ففيه خلاف •

ونذكر هذه المراتب ان شاء الله تعالى عند كلام المصنف في تجميع شعر الجارية ، وذكر الماوردي وجهين في التصرية في غير الابل والبقر والغنم ، فأحد الوجهين وهو قول البصريين أنها ليست بعيب (والثاني) وهو قول البغداديين أن التصرية في كل الحيوان عيب •

( وأما ) تصرية الجارية الذي هو محل كلام المصنف هنا ، فقال الامام : ان الخلاف فيه ليس من النمط المذكور ، فان التلبيس بالتصرية في الجارية كالتلبيس بالتصرية في البهيمة ، وانما نشأ الخلاف من أصل آخر ، وهو أن الأصل في خيار الخلف أن يترتب على الشرط والفعل والموهم المدلس الخلف بالشرط ، وهو دونه وبقوى أثره فيما يظهر توجه القصد اليه ، فأما ما لا يتوجه القصد اليه فلا يظهر التلبيس فيه ، قال : ويمكن أن يقال : هذا مع التقريب يلتحق بما قدمناه من مواقع الخلاف ، يعنى من المرتبة التي بين الظهور والخفاء كما أشرنا اليه من قبل ، فان الشيء اذا كان لا يقصد مما يجري من تلبيس فيه وفاقا لا توهم ، ويمكن أن يقرب مما تقدم من وجه آخر ، وهو أن الضرع والاختلاف يعتاد معاينتها ويدرك الفرق فيها ، وليس كذلك الثدى في بنات آدم ، فان المشاهدة لا تتعلق غالبا به وغرضنا تخريج الوفاق والخلاف على أصول ضابطة • انتهى •

ومقصود الامام أن الثدى اذا كان لا يرى غالبا ، ولا يحصل فيه قصد التغيرير غالبا ، فلم يتحقق كضرع الناقة والشاة الذي هو مرئى الغالب ، ومقصوده بما قاله أولا من أن لبن الجارية غير

مقصود ، أى فى الغالب لأنه لا يقصد الا على ندور لأجل الحضانه .  
فلا يلتحق بما هو مقصود فى كل الأحوال ولذلك لم يغتر برؤية الحلمة  
وهو الثدى . اذا عرف ذلك فهل التصرية فى الجارية عيب أم لا ؟ على  
وجهين على ما تقدم عن الماوردى .

وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف أنها عيب لأمرين ( أحدهما )  
المرغبة فى رضاع الولد ( والثانى ) أن كثرة اللبن تحسن الثدى لأنه  
يعلو ولا يسترسل . هكذا قال أبو حامد ، ولكن غيره مصرح بالخلاف  
فى ذلك ، وشبهوه على أحد الوجهين بما اذا اشترى جارية فبانت أخته  
فلا خيار ، لأن الوطء فى ملك اليمين غير مقصود .

اذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف أربعة أوجه أصلها وجهان وقيل  
قولان ( أحدهما ) أنه يرد معها صاعا ، لما ذكره المصنف . وهذا  
قول ابن سريج وابن سلمة فيما حكاه الجورى ( والآخر ) يردها ولا  
يرد بدل اللبن لأنه لا يعتاض عنه فى الغالب ، وان كان مقنوما ، وهذا  
معنى قول المصنف رحمه الله أنه لا يقصد بالعوض ، ولم يرد أنه  
لا يباع منفردا ، لأن مذهبنا جواز بيعه . وهذا الوجه ذكره  
المصيدلانى وغيره على ما حكاه الامام ، وكلا الوجهين مذكور فى الحاوى  
وفيما علقه سليم عن أبى حامد .

( والوجه الثانى ) أنه لا يرد . وهذا قول أبى حفص ابن الوكيل  
على ما يقتضيه كلام الجورى ، وعلى هذا فوجهان ( أحدهما ) وهو  
الثالث فى كلام المصنف رحمه الله أنه لا يرد ، أى ولا شيء له لما ذكره  
المصنف رحمه الله . وهذا الوجه لم يذكره الرافعى ولكن ذكره القاضى  
أبو الطيب والقاضى حسين والماوردى وغيرهم ، وهو مفرع على أن  
التصرية فى ذلك ليست بعيب ( والآخر ) وهو الرابع فى كلام المصنف  
أنه لا يرد ويرجع بالأرث ، وصححه ابن أبى عسرون تفريعا على  
المقول بعدم الرد .

واختلف فى مأخذه ، فالشيخ أبو حامد ذكره فيما علقه البندنجى  
عنه من قوله : انه لا خلاف فى أنها عيب مستدلا بما ذكره المصنف  
وهو حسن . واستدل — لأنه لا يمكن ردها من غير عوض — بأنها نقصت  
عنده ، فهذا الوجه بهذا التعليل مع الوجهين الأولين ثلاثتها مفرعة

على القولين بأن التصرية في ذلك عيب ، ولذلك ذكرها الشيخ أبو حامد مفرقة في التعليقين . ونقل الرويانى عن الدارمى أنه على القول بأنه ليس بعيب ، فإنه يرجع بالأرث . وغلطه قال : لأن هذا القائل منع الرد لأنه ليس بعيب ، وقدر الدارمى أنه لا يرد ، لأن الحلب عيب حادث ، فقال يرجع بالأرث ( قلت ) وينبغى أن يحمل كلام الدارمى على ما قاله الشيخ أبو حامد رحمه الله ، ولا يغلط ، ولا يظن به أنه فرع ذلك على أنه ليس بعيب . هذا ما ذكره الأصحاب رحمهم الله في ذلك . وقال الامام : اذا أثبتنا الخيار بتصرية الجارية ، وان قدرنا التمر بقيمة اللبن فلم يكن اللبن الجارية قيمة لم يجب شيء . وان أوجبنا الصاع فهنا وجهان ، هذا اذا لم يكن اللبن منقوما ، وان كان له قيمة فلا بد من بدله . وهل يبدل بالصاع أم بقيمته من تمر أو قوت آخر ؟ فيه وجهان . وهذا التخيير حسن ( والأصح ) من هذه الأوجه عند الراعى وصاحب التهذيب أنه يرد ، ولا يرد بدل اللبن ، وهو الثانى في كلام المصنف رضى الله عنه . قال الرويانى في البحر : وهذا أقرب عندى ( والأصح ) عند انقاضى أبى الطيب والجرجانى أنه يردّها ويرد معها صاعا بمنزلة تصرية الابل والغنم وقال ابن أبى عمرو : انه الأقيس به في المرشد .

وقد تقدم في باب الربا أن محمد بن عبد الرحمن الحضرمى نقل عن الشافعى رضى الله عنه أنه لو باع أمة ذات لبن بلبن آدمية جاز ، وهو رد ما صححه القاضى أبو الطيب هنا ، لأنه لو كان اللبن بمنزلة العين ويقابله قسط من الثمن لما صح بيعها بلبن آدمية ، كما لا يصح بيع شاة في ضرعها لبن بلبن غنم . وعلى ما تقدم من تخريج الامام رجوع النظر الى تحقيق مناط ، وهو أن لبن الجارية هل له قيمة أو لا ؟ فان كان له قيمة تعين الحكم بوجوب بدله ، كما قال الامام ، قال : لأن نفى البدل في هذا المقام لا يقتضيه خبر ولا يوجب قياس .

( فسر ) حكم الخيل حكم الجارية ، وذكره الماوردى ، ولم يذكر الماوردى في الجارية الثلاثة الأوجه المذكورة أولا في كلام المصنف رحمه الله . قال العبدى : لنا في تصرية لبن الجارية قولان ، وفي الأتان وجهان : فاقضى كلامه أن الخلاف في الجارية منصوص عليه .

وكذلك رددت القول فيما تقدم في ذلك هل هو وجهان أو قولان ؟  
والله اعلم •

( فرع ) من جملة العلماء القائلين بأن حكم التصرية لا ينحصر في الابل والغنم البخارى رحمه الله . فانه قال في تبويبه : باب النهى « للبائع أن لا يحفل الابل والغنم والبقر وكل محفلة . والمصرأة التى صرى لبنها وحقن فيه وجمع فلم تحلب أياما » ولم يذكر في الباب حديثا فيه صيغة عامة بنعته ، والله اعلم •

( فرع ) حكى المصنف في انتبيه وجهين ( أحدهما ) أنه لا يرد ( والثانى ) أنه يرد ولا يرد بدل اللبن . فالثانى في التنبية هو الثانى في المذهب ، والأول في الثانى يحتل أن يكون هو الثالث في المذهب ، وهو أنه لا يرددها . ولا شئ له . ويحتل أن يكون هو الرابع . وهو أنه لا يرد ويأخذ الأرض ، ويحتل أن يكون مقصوده عدم الرد الذى هو مشترك بين الوجهين ، ويكون كل من الوجهين مفرعا عليه ، وهو الأول •

وقال ابن الرفعة في قول التنبية : انه لا يرد • قال : أى ويأخذ الأرض وقال : ان القول بأنه لا يرد ولا يرجع بالأرض هو ما ظن ابن يونس أنه القول الأول من كلام الشيخ ( قلت ) وأما تفسير ابن الرفعة لكلام الشيخ فممنوع لما تقدم ، وأما كلام ابن يونس فمحتمل ، لأنه حكى الوجهين فيحتل أن يكون جعلهما مفرعين على الوجه الذى حكاه الشيخ ، وهو الاحتمال الذى قلت : انه الأولى ، وحينئذ لا ينسب الى ابن يونس حمل كلام الشيخ على أحد الوجهين دون الثانى ، والله سبحانه أعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى أتانا مصراة ، فان قلنا بقول الاصطخرى : ان لبنها طاهر ، ردها ورد معها بدل اللبن كالشاة ( وان قلنا ) بالمنصوص : انه نجس ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه يرددها ولا يرد بدل اللبن ، لأنه لا قيمة له ، فلا يقابل ببذل ( والثانى ) يصكها ويأخذ الأرض ، لأنه لا يمكن ردها مع البذل ، لأنه لا بدل له ولا ردها من غير بدل لما فيه من اسقاط

حق البائع من لبنها ، ولا امساكها بالثمن لأنه لم يبذل الثمن الا لتسلم له الأتان مع اللبن ولم تسلم ، فوجب أن تمسك ويأخذ الأرش ) •  
( الشرح ) الأتان الأثنى من الحمر ، وقول الاصطخرى رحمه

الله بطهارة لبنها معروف مشهور ، وهو يقول بطهارته وحل تناوله ، وعده الامام من هفوات بعض الأئمة • وحكى الامام أن من أصحابنا من حكم بطهارة لبنها وحرمة وهذا بعيد ، والمذهب نجاسته ، وقد تقدم أن تصرية الأتان هل هي عيب أم لا ؟ على وجهين ، وقال الشيخ أبو حامد : انه لا خلاف في أنها عيب كما تقدم أنه مثل ذلك في الجارية ، اذا عرف ذلك ففى حكم تصرية الأتان طرق •

( احداها ) ما ذكره المصنف رحمه الله أنه ان قلنا بطهارة لبنها ردها ، ورد بدل اللبن ( وان قلنا ) بنجاسته فمقيل : يردها ولا يرد معها شيئا • وقيل ، يمسكها ويأخذ الأرش ، ومن ذكر هذه الطريقة الشيخ أبو حامد •

( الطريقة الثانية ) التي ذكرها الماوردى من العراقيين ، والقاضى حسين من الخراسانيين : أنه هل يرد أو لا يرد ؟ في المسألة وجهان ( فان قلنا ) بنجاسة لبنها ردها ولا يرد معها شيئا ( وان قلنا ) بطهارة لبنها • وهو قول الاصطخرى • فهل يرد معها صاعا من تمر ؟ على وجهين كالجارية واناث الخيل • وهذه عكس ما ذكره المصنف رحمه الله ( والطريقة الثالثة ) التي ذكرها الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب الجزم بردها وتفريج رد بدل اللبن على الخلاف ( فان قلنا ) بطهارته رد بدله صاعا من تمر ( وان قلنا ) بنجاسته لا يرد لأن النجس لا بدل له ولا قيمة ، وهذه تخالف طريقة الماوردى ، فان الماوردى يتردد في رد بدل اللبن على القول بطهارته ، وأبو حامد وأبو الطيب جازمان به ، وتخالف طريقة المصنف رحمه الله في قوله انه يمسكها ويأخذ الأرش ، وقد نقل الشاشى عن القاضى أبى الطيب أن الأوجه التي في الجارية في الأتان على قول الاصطخرى فهذه الطرق الثلاثة في طريقة العراقيين ، وبعضها في كلام الخراسانيين كما تقدم •

( والطريقة الرابعة ) التي ارتضاها الامام أنه ان قلنا : اللبن نجس فلا يقابل بشيء ، ولكن لا يبعد اثبات الخيار ، اذ قد يقصد

غزارة لبنها لمكان الجحش ، فيلتحق هذا الخيار بقبول التردد ، وإن حكمنا بأنه طاهر فكذلك ، فإن اللبن المحرم لا يتقوم ، وإن حكمنا بحله فالقول في تصرية الأتان كالقول في تصرية الجارية ، وقد تقدم كلامه في الجارية ، وهذه الطريقة توافق طريقة الماوردي في إلحاقها بالجارية على قول طهارة اللبن وحله ، وتخالفها في أن الماوردي لم يحك القول بتحريم اللبن مع طهارته ولا التفريع عليه ، وفي أن الماوردي لم يبين الخلاف في الرد على الخلاف في النجاسة ، وإنما حكى الخلاف في الرد وفي سائر الحيوانات غير الأبل والبقر والغنم .

( فإن قلنا : ) بشمول الحكم للجميع ، فالماوردي جازم على قولنا بنجاسة اللبن ، يرد الأتان ولا شيء معها ، والامام مقتضى كلامه التردد في ردها ، وطريقة الامام تخالف طريقة المصنف رحمه الله أيضا ، ولأن الامام لم يتعرض لامساكها بالأرث ، والمصنف لم يتعرض لطهارة اللبن مع تحريمه ، والله أعلم . ولم يتعرض ابن عبد السلام في اختصار النهاية لما أشار اليه الامام من التردد في ثبوت الخيار ، فتخلص من هذه الطرق أربعة أوجه :

( أحدها ) أنه يردّها ويرد معها بدل اللبن .

( والثاني ) أنه يردّها ولا يرد معها شيئا . وهذا هو الصحيح عند الراعي وغيره . وهو الذي جزم به المصنف رحمه الله في التنبيه .

( والثالث ) أنه لا يردّها ويأخذ الأرث .

( الرابع ) الذي دل عليه كلام الامام أنه لا يردّها ولا شيء له ، لأنه جعل ذلك من صور الخلاف . ومراده به إلحاقه بالمرتبة المتوسطة بين المراتب الثلاث التي تقدمت الإشارة إليها ، ويأتي ذكرها إن شاء الله تعالى عند كلام المصنف رحمه الله في تجعید شعر الجارية . وإذا كان كذلك فيقتضى كلام الامام المذكور اثبات وجه كما قلناه أنه لا خيار له . وكذلك يقتضيه كلام الماوردي حيث ألحق الأتان بالجارية . وحيث حكى الخلاف في سائر الحيوانات مطلقا غير الأبل والبقر والغنم . كما تقدم عن البصريين والبغداديين في أن التصرية فيها عيب . أو ليست بعيب . وكلام غيره أيضا . وهذا الوجه ليس مذكورا في كلام المصنف

رحمه الله • والأوجه الثلاثة التي ذكرها المصنف ذكرها الشيخ أبو حامد أيضا مع قوله ان لا خلاف في أنها غيب •

والوجه الرابع القائل بعدم الخيار مستمد من الوجه الذي تقدم عن البصريين أن التصرية في ذلك ليست بعيب • فيجوزون الأوجه الأربعة : وهي نظير الأوجه الأربعة التي ذكرها المصنف رحمه الله في الجارية وان كانت المآخذ مختلفة • وقال ابن أبي عصرون على قول الاصطخرى بعد أن حكى كلام الأصحاب وقولهم في التفريع عليه : انه يرد مثل بدل لبن الشاة قال : وعندى ينبغي أن يرد الأرش • لأن لبنها لا يساوى لبن الأنعام ولا يلحق به في تقدير بدله • كما أن جنين البهيمة لما لم يساو جنين الآدمية ضمن بها ويقضى من قيمة الأم • وهذا الذي ذكره لو ثبت كان زائدا على الأوجه الأربعة لكنه بعيد لأنه على القول بطهارته وجعله مما يقابل بالمعوض لا يفارق لبن الأنعام وان كان أنقص قيمة منها فان بعض الأنعام لبنها أنقص قيمة من بعض ، ولا اعتبار بذلك ، ويلزمه أن يقول بذلك في الجارية ، ولم يقل به هناك ، بل قال : ان الأقيس أنه يجب رد بدله ، والله أعلم •

( فرع ) قول المصنف رحمه الله « لم يبذل الثمن إلا لتسلم نه الأتان مع اللبن » وكذا قوله فيما تقدم في الجارية « ولم يبذل الثمن إلا لتسلم له ما دلس به من اللبن » رأيتها مضبوطة في بعض النسخ — بضم التاء وفتح السين وتشديد اللام المفتوحة — والأحسن أن يقرأ — بفتح التاء واسكان السين وفتح اللام المخففة — فان البائع سلم الأتان مع اللبن ، ولكن حصلت في ذلك السلامة للمشتري •

( فرع ) جزم المصنف في التنبيه بأنه يرد الأتان ، ولا يرد بدل اللبن وتردد في رد الجارية مع الجزم فيها بأنه لا يرد بدل اللبن ، فأما جزمه برد الأتان وتردده في رد الجارية فلأن لبن الأتان مقصود ولا يساويه لبن الجارية في ذلك ، وعلى قوله في المذهب : انه لا يرد قال : انه بأخذ الأرش يكون اللبن في الأتان مقصودا فلم يتردد قوله لا في المذهب ولا في التنبيه في أن لبن الأتان مقصود ، ونكن امتناع رد بدله على الصحيح لأجل نجاسته وان كنا قد حكينا عن غير

المصنف رحمه الله وجها رابعا بعدم الرد مطلقا . وذلك يلزم منه القول بأنه غير مقصود .

وأما جزمه في التنبيه بأنه لا يرد بدل لبن الأتان ، فإنه تفريع على المذهب في نجاسته ، وزعم ابن الرفعة أن ذلك سواء قلنا بنجاسته أو بطهارته كما ذهب إليه الاصطخري ، قال : وقيل على القول بطهارته يجب الصاع ، وهذا الذي قاله ابن الرفعة وإن كان الخلاف ثابتا فيه كما تقدم ، لكن لا يحسن أن نشرح به كلام التنبيه ، لأن صاحبه في المذهب جازم على قول الاصطخري : يرد بدل اللبن ، فيجب حمل كلامه في التنبيه على المذهب ، فيكون موافقا لذلك ، ليس ذلك مما اختلفت فيه الطريقتان حتى يحمل كلامه في التنبيه على طريقة وكلامه في المذهب على طريقة أخرى ، وقد تبين لك الطرق المذكورة في ذلك ، والله تعالى أعلم .

#### قال المصنف رحمه الله تعالى

( إذا ابتاع شاة بشرط أن تحلب كل يوم خمسة أرطال ، ففيه وجهان ، بناء على القولين فيمن باع شاة وشرط حملها ( أحدهما ) لا يصح ، لأنه شرط مجهول فلم يصح ( والثاني ) أنه يصح لأنه يعلم بالعادة فصح شرطه ، فعلى هذا إذا لم تحلب المشروط فهو بالخيار بين الامساك والرد ) .

( الشرح ) هذه المسألة جزم الرافعي رحمه الله في باب البيوع المنهى عنها فيها بعدم صحة البيع ، وصرح في الروضة بأنه يبطل البيع قطعا لأن ذلك لا ينضبط فصار كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات ولم يتعرض الرافعي للمسألة في باب التصرية ، وابن الصباغ ذكر المسألة هنا وجزم فيها بالبطلان . وكذلك صاحب التتمة قبل هذا الباب صرح وجزم بأن العقد فاسد : وقال مع ذلك : انه إذا شرط أنها لبون فإن كانت تدر لبننا - وإن قل - فلا خيار له ، وإن لم يكن لها لبن أصلا فله الخيار . وكذلك قال غيره ، ونقلوا عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقول بالبطلان في هذه أيضا ولو شرط أنها غزيرة اللبن فتبين غزارته فله الرد : قاله الروياني .

وكلتا المسألتين لا اشكال فيهما بخلاف مسألة الكتاب ، وصرح صاحب العدة بحكاية الوجهين في مسألة الكتاب كما حكاها المصنف رحمه الله حرفا بحرف ، ونقل بعض المصنفين مسألة الكتاب وحكاية الوجهين فيها عن التتمة ، ولم أرهما فيها بل الذي رأيت فيها البطلان والمصنف المذكور هو يعقوب بن أبى عصرون وذلك وهم منه ، ولعله جاء يكتب المذهب كتب التتمة .

وقال الروياني في البحر : لو اشترى شاة على أنها تحلب كل يوم كذا وكذا ، قال أصحابنا : لا يصح قولاً واحداً . قال : وقيل : فيه وجه أنه يصح ، وقال ابن أبى عصرون في الانتصار : انه لا يصح البيع على أصح القولين ، فيحتمل أن يكون تابعا للمصنف في حكاية الخلاف في المسألة ، وأطلق القولين على الوجهين ويحتمل أن يكون عنده نقل خارج ، وممن حكى الخلاف أيضا في هذا الباب العمراني ، ويحتمل أن يكون تابعا للمصنف ، وكذلك حكاها فيما اذا شرط أن الشاة تضع لرأس الشهر مثلا ، والمشهور في المسألتين القطع بالفساد ، ولم أر الخلاف الا في كلام المصنف والروياني وصاحب العدة أيضا .

على أن المصنف رحمه الله وحده كاف في النقل ، فهو الثقة الأمين ، ولا يستبعد ذلك من جهة المعنى ، فان ذلك قد يعلم بالعادة فان الشاة التي خبرها البائع وجربها دائماً وهي تدر كل يوم مقداراً معلوماً أو أكثر منه ، فهذا العقد الذي جرب وجوده منها في جميع الأيام يغلب على الظن دوامه ، أما وضع الحمل لرأس الشهر المنقول عن العمراني فذلك بعيد الا على ارادة التقريب الكثير ، نعم ههنا كلامان .

( أحدهما ) أن الفرق ظاهر بين اشتراط قدر معلوم من اللبن ، واشتراط الحمل ، فان اشتراط كونها حاملاً نظيره اشتراط مقدار من اللبن ، ينبغى أن يكون كاشتراط مقدار أو وصف في الحمل ، وذلك لا يمكن تصحيحه ، لأنه لا يمكن العلم به .

واعلم أن ههنا ثلاث مراتب ( احداها ) يشترط مقدار أو وصف في الحمل وهذا لا يصح قطعاً ، لأنه لا سبيل الى علمه ولا ظنه .

( الثانية ) اشتراط أصل الحمل واللبن ، وهذا يصح على الأصح ، لأنه معلوم موجود عليه امارات ظاهرة .

( الثالثة ) اشتراط مقدار من اللبن ، فهذا قدر يقوم عليه  
أمانة لعادة متقدمة ونحوها ، ومن هذا الوجه أثبت الحمل ويفارقه من  
جهة أنه متعلق بأمر مستقبل يخرم كثيرا فلذلك جرى التردد فيه •

( الثانى ) أن بناء المصنفين الوجهين على القولين فى اشتراط  
الحبل ، يقتضى أن يكون الصحيح صحة الشرط ههنا ، لأن الشرط صحه  
اشتراط الحبل ، لكن ابن أبى عصرون ممن وافق المصنف رحمه الله على  
حكاية الخلاف وصحح البطلان وأكثر الأصحاب قطعوا به ، والفرق  
ما قدمته وجعلته من رتبة منحلة غير رتبة أصل الحمل واللبن ، والله  
أعلم •

( التفريع ) إذا قلنا بالصحة فى ذلك فأخلف فله الخيار بين  
الامساك والرد كما قال المصنف ، كالمصرأة ، بل أولى من حيث المعنى ،  
لأن هذا بشرط صريح ، وذاك بما يقوم مقامه من التفرير ، ومقتضى  
الحاقها بالمصرأة أنه ان حصل الخلف قبل الثلاث يجرى فيها الخلاف  
المذكور فى المصرأة فى أنه يمتد الخيار الى ثلاثة أيام ، أو يكون على  
الفور أو لا يثبت الا عند انقضاء الثلاث على الأوجه السابقة فلو ظهر  
الخلف بعد الثلاث فيكون على الفور كالمصرأة ، ولا يأتى ههنا قول  
أبى حامد : انه لا يثبت الخيار بعد الثلاث ، لأن هناك مأخذ أن الخيار  
ثابت بالشرع ، وههنا ثابت بالشرط ، وأيضا الخيار فى التصرية خيار  
عيب على قول كما تقدم ، وأما هنا فخيار خلف ليس الا •

نعم لو ظهر نقص اللبن ههنا بعد مدة فان كان ذلك بقرآن حادث  
يقتضى ذلك فلا اشكال فى أنه لا يثبت الخيار ، لأن ذلك غير لازم  
للبيات ، لأن سببه ما حدث فى يد المشتري ، وان لم يظهر حاله بحال  
نقص اللبن عليها فيحتمل أن يقال : انه لا أثر للنقص أيضا لأنه  
لما دام اللبن وثبت على مقتضى الشرط حصل الوفاء بمقتضى الشرط •  
وعلم بذلك مزاج الحيوان ، والنقص بعد ذلك بمدة طويلة محمول  
على تغير طرا ، وكذلك فى المصرأة لدوام اللبن مدة ، ثم حصل نقص  
لم يتبين بذلك وجود انتصية • بل ذلك محمول على نقص حادث ،  
وانما يبقى ثبوت الخيار حينئذ اذا اعترف البائع أو قامت بينة أنه  
كان قد صراها وهذا الاحتمال متعين •

وأما مقدار المدة فيحتمل أن يقال : انه اذا حُبها ثلاثة أيام واللبن على حاله لم يتغير ، فتغيره بعد ذلك لا يؤثر . وتكون الثلاثة ضابطا لذلك لاعتبار الشارع اياها في هذا الباب . ويحتمل أن لا يضبط بمدة معينة ؛ بل بما يظهر من شاهد الحال ودلالته على أن النقص لأمر أصلي أو طارئ . والله سبحانه أعلم .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( واذا ابتاع جارية قد جمد شعرها ثم بان أنها سبطة ، أو سود شعرها ثم بان بياض شعرها ، أو حمر وجهها ثم بان صفرة وجهها ، ثبت له الرد لأنه تدليس بما يختلف به الثمن فثبت به الخيار كالتمرية ، وان سبط شعرها ثم بان أنها جمدة ففيه وجهان :  
( أحدهما ) لا خيار له ، لأن الجمدة اكمل وأكثر ثمنا .

( والثاني ) أنه يثبت له الخيار ، لأنه قد تكون السبطة أحب اليه وأحسن عنده ، وهذا لا يصح ، لأنه لا اعتبار به ، وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن ، والجمدة أكثر ثمنا من السبطة ، وان ابتاع صبرة ثم بان أنها كانت على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، ثبت له الرد لما ذكرناه من العلة في المسألة قبلها ) .

( الشرح ) الفصل يتضمن مسائل من التفرير الفعلى ملحقة بالمرأة ؛ أما بلا خلاف وأما على وجه ، وقد كتبت أشرت فيما تقدم الى ذلك على ثلاث مراتب ووعدت بذكرها ههنا ، ولنجعل ذلك مقدمة على مسائل الفصل .

قال الامام : ان أئمة المذهب نصوا بأن كل تلبيس حال محل التمرية من البهيمة اذا فرض اختلاف فيه ثبت الخيار ، فلو جمد الرجل شعرا تجميدا لا يتميز عن تجميد الخلق . ثم زال ذلك ثبت الخيار للمشتري ، فنزلوا التجميد منزلة اشتراط الجمودة . وقد حُردت في هذا مسلكا في الأساليب ، واذا جرى الحالف بشيء لا ظهور له فلا مبالاة به ، كما اذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا

لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، ولو كان وقع المصادق بحيث يعد من منزلة أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، فإذا أخلف الظن ففي ثبوت الخيار وجهان وإذا بنى الأمر على ظهور شيء في العادة فما تناهى ظهوره يتأصل في الباب وما لا يظهر يخرج عنه ، وما يتردد بين الطرفين يختلف الأصحاب فيه .

هذا كلام الامام ، وهو منبه على المراتب الثلاث التي يثبت الخيار فيها جزماً والتي لا يثبت جزماً ، والتي يتردد فيها ، ولم يذكر المصنف المرتبة التي يجزم بعدم الخيار فيها اقتصاراً منه على ما يلحق بالتصرية جزماً أو على وجه ، إذا عرف ذلك فقد ذكر المصنف رحمه الله من المرتبة الأولى أمثلة .

( منها ) إذا اشترى جارية قد جمعد شعرها ثم بأن أنها سبطة اتفق الأصحاب على ثبوت الخيار قياساً على المصراة ، لأن الغرض يختلف بالجمودة والسبوبة ( وأيضاً ) الجمودة قيل : انها تدل على قوة الجسد والسبوبة تدل على ضعفه ، وللمسألة شرطان .

( أحدهما ) أن يكون المشتري قد رأى الشعر ، فلو لم يره ففي صحة العقد وجهان ( أحدهما ) وبه قال الأكثرون وابن أبي هريرة : انه لا يصح ويكون كبيع الغائب ( والثاني ) وبه قال القفال وجماعة ، وهو الأصح عند الماوردي الصحة ، فعلى الأول لا تأتي المسألة ، وعلى الثاني إذا لم يره لا يثبت الخيار الا إذا شرط . وقد قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو اشتراها جمعدة فوجدتها سبطة فله الرد ، فالأكثر حملوه على مسألة الكتاب إذا كان البائع قد جمعد شعرها بناء على الصحيح عندهم أنه لا بد من رؤية الشعر ، وعلى الوجه الثاني يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون المراد ما إذا شرط أنها جمعدة ، وفي كلام الرافعي ما يقتضي جواز حمله على الاشتراط . وأن فرغنا على الأصح لأن الشعر قد يرى ولا يعرف جموده وسبوطه لعروض ما يستوى الحالان عنده من الابتلا وقرب العهد بالتريح ونحوهما ، ففي كون المسألة منصوصة للشافعي لهذا الاحتمال ، وعلى كل حال لا خلاف في المذهب فيها .

قال القاضي حسين في رؤية الشعر : نشأ من اختلاف أصحابنا في قول الشافعي رحمه الله : « ولو اشتراها جمعة فوجدها سبطة فله الرد » من أصحابنا من حملة على الشرط • ومنهم من قال : أراد اذا جمعد شعرها بالتدليس •

( الشرط الثاني ) ما تقدم عن الامام أن التجميد يكون بحيث لا يتميز عن تجميد الخلقة ، والأكثرون ساكتون عن ذلك ، ولا شك أنه اذا كان التجميد يسيرا بحيث يظهر لغالب الناس أنه مصنوع ، فالمشترى منسوب الى تفريط ، أما اذا كان التجميد بحيث يوهم كونه خلقيا ، فهذا هو المثلث للخيار ، وهو مراد الأصحاب ( وشرط ثالث ) فيه نزاع أن يكون ذلك تجميد البائع أو غيره بأذنه فلو جمعد بنفسه جزم الفوراني في الابانة بعدم الخيار والأشبه تخريجه على ما اذا تحفلت الشاة بنفسها • وقد تقدم أن فيها خلافا ، وفي الصحيح خلاف ، والأصح عند صاحب التهذيب وقضية كلام الأكثرين ثبوته هناك كما تقدم ، فينبغي أن يكون هنا كذلك •

وكلام ابن أبي عصرون في الانتصار والمرشد يقتضى ثبوت الخيار في ذلك ، فانه قال : ان نظر الى شعرها فراه جمعا ثم بعد ذلك بان أنه سبط ثبت له الرد ، وهذه العبارة بعمومها تشمل ما اذا جمعد بنفسه وما اذا جمعه ، وكذلك عبارة الماوردي في الحاوي والفوراني أيضا في العمدة وهو الظاهر ، فانه لا فرق بين جمعد الشعر بنفسه ، وبين أن تحفل الشاة بنفسها ، ولعل الأصحاب انما لم ينصوا على ذلك مثل ما نصوا على تحفل الشاة لأن تحفل الشاة بنفسها قد يقع كثيرا • وأما جمعد الشعر بنفسه فبعيد لا يتأتى في العادة فأفرض وقوعه ، فهو كحفل الشاة بنفسها ، ولعل الفوراني من القائلين بعدم ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت الشاة بنفسها كما رأى الغزالي في الوجيز ، فيكون جزمه في تجميد الشعر بنفسه على ذلك •

( تنبيه ) المراد بالتجميد ما يخرج الشعر عن السبوطه المكروهة عند العرب وهو ما يظهر اذا أرسل من التكسير والتقبض والالتواء ، وليس المراد أن يبلغ الجمعد القطط ، فان ذلك مكروه أيضا • وأحبين

الشعر ما كان بين ذلك • وقد جاء في وصف شعر النبي صلى الله عليه وسلم « أنه كان شعرا رجلا • ليس بالجعد القطط ولا بالسبط » وفي رواية أخرى « لم يكن بالجعد القطط ولا بالسبط ، كان جعدا رجلا » وقوله « سبط » هو بفتح السين وباسكان الباء وفتحها وكسرهما أى مسترسلة الشعر من غير تقبض ، والله أعلم •

( المسألة الثانية ) من أمثلة المرتبة الأولى إذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها أو حمير وجهها ثم بان صفرة وجهها ثبت الخيار بلا خلاف ، والكلام فيه كالكلام فيما إذا جعد شعرها حرفا بحرف • وقياس ما قاله الفوراني فيما إذا حصل ذلك بنفسه أن يأتي منها ، وتحمير الوجه والخدين يكون بالدمام وهو ( الكلكون ) قاله القاضي أبو الطيب • وهذه اللفظة مذكورة في المذهب في باب الاحداد وهي بكاف مفتوحة ثم لام مشدودة مفتوحة أيضا ثم كاف ثانية مضمومة ثم واو ساكنة ثم نون • وأصله كلكون بضم الكاف وسكون اللام - و ( الكل ) الورد و ( الكون ) اللون • أى لون الورد • وهى لفظة عجمية معربة • هكذا قال النووي رحمه الله في التهذيب • ومن مسائل هذه المرتبة إذا ببيض وجهها بالطلاء ثم اسمر • قاله القاضي أبو الطيب رحمه الله • والطلاوة بياض •

وكذلك إذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار بالنفخ كأنه دابة سمينة ، قالهما صاحب التتمة ، أو دهن تسمر الذابة ، قاله المحاملى في المقنع • وكذلك لو كان له رعى قليلة الماء فأراد العرض على البيع والاجارة<sup>(١)</sup> أرسل ذلك الماء المحبوس حتى ظن المشتري أن الرعى كثيرة الماء ، شديدة الدوران ، ثم ظهر أن الماء قليل • اتفق الأصحاب عليها • وكلامهم يقتضى أن أبا حنيفة وافق عليها • كذلك إذا حبس ماء القناة ثم أطلقه عند البيع أو الاجارة ، أعنى اجارة الأرض ، فكذا إذا أرسل الزنبور في وجه الجارية فانتفخ وظنها المشتري سمينة ثم بان خلافه ، أو لون جوهرا بلون البلخس أو العقيق أو الياقوت ، فظنه المشتري كذلك ثم بان زجاجا له قيمة بحيث يصح

(١) كذا ولعل في العبارة حذف يعرف من السياق تقديره : « فحبس فيها الماء ثم ... » •

بيمه حج . اتفق الأصحاب في جميع هذه المسائل على ثبوت الخيار .  
لما ذكره المصنف رحمه الله .

وقوله : « بما يختلف به الثمن » يحترز به مما لا يختلف به الثمن ،  
كالمسألة الثانية إذا سبّطه فبان جمدا ، فإن الثمن يزيد به وما أشبهها  
مما لا ينقص الثمن به ، ولو لم يخضب الشعر ولا شرط سواده ، ولكن  
باعها مطلقا فوجدتها المشتري بيضاء الشعر ، فسيأتي حكمه بالرد  
بالعيب إن شاء الله تعالى . ولو لم يلون الجواهر وباعه مطلقا ، والمشتري  
يظنه عقيقا أو فيروزجا . قال القاضي حسين : لا خيار له كما لو  
اشترى بقرة وقد عظم بطنها فظنها المشتري حاملا ولم تكن فلا خيار ،  
ولك أن تقول : إذا ظن المشتري من غير اعتماد على أمر صحيح  
المجزم بعدم الخيار . وأما إذا عظم بطن البهيمة من غير فعل البائع ،  
وقلنا بأنه لو أكثر علفها حتى صارت كذلك ثبت الخيار على وجه  
سيأتي إن شاء الله تعالى . فينبغي أن يكون كما إذا تحفلت الشاة بنفسها  
فيجرب فيها ذلك الخلاف . وكذلك إذا تلون الجواهر من غير فعل  
البائع ، ينبغي أن يجرب فيه الخلاف . ويكون حكمه حكم الشاة إذا  
تحفلت بنفسها ، لأن الظن فيه قوى بخلاف انتفاخ البطن .

( المرتبة الثانية ) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف ، وهو على  
قسمين . منه ما مثار الخلاف فيه من ضعف الظن . ومنه ما مثار الخلاف  
فيه من خروجه على أكمل مما ظنه . ولنقدم الكلام في هذا . فمن  
ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله إذا سبّط شعر الجارية ثم بان أنها  
جمدة الشعر ، فلا شك أن الجعد أشرف ، وقد يكون السبّط أشهى  
إلى بعض الناس ففي المسألة طريقتان ( أحدهما ) ما ذكره المصنف  
وارتضاه الإمام واقتصر الرافعي عليها ، أن في المسألة وجهين كالوجهين  
قيما إذا اشترط أنها سبّط الشعر فبان جمدة : ففي الخيار بالخلف  
في هذا الشرط الوجهان المذكوران قيما إذا شرط أنها ثيب فخرجت بكرا  
( أحدهما ) في المسائل الثلاث أنه لا خيار ، والذي حكاه الماوردي  
عن ابن سريج في شرط السبّوطه ،

( والطريقة الثانية ) أنه لا يثبت الخيار في التدليس بالسبّوطه  
وجهها واحدا وإن ثبت في الخلف باشتراطها ، قال الصيدلاني : وجعل

ذلك ضابطا عاما أن ك ما لو كان مشروطا واتحسب الخلف به اقتضى خيارا . وجها واحدا ، فالتدليس المظاهر فيه كالشرط ، فاذا جمد شعر الملوك ثم بان سبطا ثبت الخيار وكل ما لو فرض مشهورا وصور الخلف فيه فكان في الخيار وجهان . فاذا فرض التدليس فيه ثم ترتب عليه خلف الظن ، قال : لا خيار وجها واحدا ، لضعف المظنون أولا وقصور الفعل في الباب عن القول . قال الامام : وهذا تحكم لا يساعد عليه . والتدليس في ظاهر الفعل كالقول في مجال الوفاق والخلاف على الاطراد والاستواء ، فاذا سبط الرجل شعر الجارية ثم بان أن شعرها جمد ففي الخيار الوجهان عندنا .

قال ابن الرقعة : ولك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلاني تحكم عجا ظاهرا من جهة أن مأخذ اثبات الخيار عند التفرير بالفعل التصرية بلا نزاع وقد حكى أن مأخذ اثبات الخيار في المصرة عند بعض الأصحاب الحاق ذلك بالعيب ، وإذا كان كذلك لم يحسن اثباته إذا خرج المبيع أجود مما رآه لأنه لا عيب ويكون حينئذ الصيدلاني في قطعه ناظرا للمعنى المذكور ، ولعله هو قائله ، فان لم يكن هو قائله استفدنا من كلامه هذا أنه موافق له .

( قلت : ) وهذا ضعيف لأمرين ( أحدهما ) أن الصيدلاني انما عل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول . وهذا المعنى لا فرق فيه بين الجعودة والسجوة ، فان لم يكن الفعل والظن معتبرا في الثاني لم يكن معتبرا في الأول ، فلا يثبت الخيار في واحد منهما ، وان قيل بمساواة ذلك القول فيثبت فيهما ، وان قيل باعتباره مع انحطاطه عن رتبة القول حتى يجري الخلاف ، فيجب أن يكون ذلك في صورتين . أما الحكم بثبوت الخيار في الأولى قطعاً كالقول وعدمه في الثانية قطعاً لا وجه له . ولو كان الصيدلاني سكت عن التعليل لممكن تحمل ذلك وأن الخيار ثابت في الأولى بالعيب ومنتهى في الثانية لعدم العيب ، لكن كلامه ناص على أن التدليس كالشرط في الصورة الأولى ، وعلى انتفاء الثانية لضعف الظن وقصور الفعل فلا جرم قال الامام : أن ذلك تحكم .

( الثاني ) أن القائلين من الأصحاب بأن اثبات الخيار في التصرية

مأخذه اللاحق بالعيب . معناه الاكتفاء في ثبوته بفوات الذى وصن المشتري نفسه عليه برؤيته للمبيع على تلك الصورة ، حتى يثبت قيميا اذا تحفلت الشاه بنفسها ومقابلة القول الذى يلحق ذلك بخيار الخلف حتى لا يثبت الخيار ، الا اذا كان حاصلًا بتدليس من البائع كما تقدم ، واذا كان كذلك أمكن أن يقول بثبوت الخيار ههنا لأن المشتري وطن نفسه على السبوطه لما رآها ، وقد يكون له فيها غرض ، فليس معنى الحاق ذلك بالعيب الا جعل دلالة الرؤية على هذا الوصف كدلالة الغلبة على وصف السلامة ، فخروجها على غير الوصف الذى رآه هو العيب ، وليس الوصف الذى رآه من السبوطه أو كبر المضرع من غير علم بالتصرية عيبا ، والذى يقول بأن الغرض قد يتعلق بالشعر السبط لا يمنع أن يجعل خروجه جعدا بمنزلة العيب ، اذا كان الغرض قد تعلق بسبوطته باشتراط أو برؤية لا فرق بينهما ، ويدل ذلك على هذا أن الصحيح — كما تقدم — أن التصرية ملحقة بالعيب ، كما دل عليه كلام الشافعى رضى الله عنه والعراقيين ، ولذلك كان الصحيح ثبوت الخيار فيما اذا تحفلت بنفسها .

والطريقة الصحيحة ههنا جريان الوجهين : فلو كان المأخذ في ذلك الحاقه بالعيب من كل وجه لقطعوا بعدم الخيار ههنا . وأما كون الصحيح من الوجهين ههنا أنه لا خيار ، فلأن الصحيح من الوجهين فيما اذا أخلف الشرط لصفة أكمل كذلك ، والله أعلم . وبما ذكرناه يظهر لك أن هذا القسم متفق على الحاقه بالتصرية وانما الخلاف في الرد بحكم ذلك ، فعلى وجه يرد كما في التصرية . وعلى الصحيح لا يرد لخروجه أكمل وهو لو شرط وصفا فخرج أكمل لم يرد على الصحيح . وبهذا التحقيق يتعين أن يكون هذا القسم من المرتبة الأولى ولا يكون من المرتبة المتوسطة التى تقدمت الاشارة اليها في كلام الامام ، وانما ذكرته في المرتبة الثانية لكونه من صور الخلاف في الجملة ، نعم كلام الصيدلانى وما أشار اليه من ضعف الظن وتصوير الفعل يقتضى التردد في الحاقه بالتصرية ، وقد تقدم ما فيه . ثم ان المصنف رحمه الله رد الوجه الثانى بأنه لا اعتبار به أى لا اعتبار بغرض المشتري . وانما الاعتبار بما يزيد في الثمن . لأنه المعتبر لعموم الناس . وهذا سيأتى مثله أيضا في كلام المصنف غيما اذا شرط أنها ثيب فخرجت

بكرا ، وقد حكى الروياني في البحر أنه لو صرح بإشترط السبوة فخرجت جمعة ، قال بعض أصحابنا يخراسان : يثبت الخيار وجهها واحدا لأجل التصريح ، وقيل : فيه وجهان . فحصل في كل من المسألتين طريقان ( الصحيح فيهما ) إجراء الوجهين وقيل في المسألة الشرط يثبت قطعا ، وقيل في مسألة التدليس لا يثبت قطعا .

( القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية ) التي هي محل الخلاف ما يضعف الظن فيه . والخلاف في هذا القسم في الحاقه بالتصريح لأجل التغير والظن ، أولا لضعف الظن في هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المسند الى أمر غالب ، فمن ذلك من جهة أن هذا يقرب استكشافه وجرت العادة به بخلاف تسويد الشعر ونحوه ، وكذلك الخلاف في هذا القسم ، فمن ذلك لو لطح ثوب العبد بالمداد أو ألبسه ثوب الكتبة والخبازين ، أو سود أنامله وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فبان خلافه فوجهان ( أحدهما ) يثبت الخيار للتدليس ( وأصحهما ) عند الرافعي وغيره لا خيار وبه جزم الجرجاني ، لأن الإنسان قد يلبس ثوب غيره عارية ، فالذهب للمشتري حيث اغتر بما ليس فيه كثير تغير ، وعلى هذا لو ألبسه ثوب الأتراك فظن المشتري أن المملوك تركى وكان رومياً ، فالحكم على ما ذكرنا ، قاله صاحب التتمة ، وكذلك لو أكثر علف البهيمة حتى انتفخ بطنها ، فتخيل المشتري كونها حاملاً قاله الامام والمتولى قولاً عن الأصحاب والرافعي .

كذلك لو أرسل الزنبور في ضرعها حتى انتفخ ، وظنها المشتري لبونا قاله المتولى والرافعي أيضاً ، لأن الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير ، ومعرفة اللبن متيسرة بعصر الثدي ، بخلاف صورة التصريح ، وكثرة اللبن ، فانه لا سبيل الى معرفتها ، وقيل اثبات الخيار في مسألة تحمل الحمل منسوب الى أبي حامد ، وقال ابن الرفعة : وظاهر كلام الأصحاب في ذلك يدل على أنه مفرع على أن الحمل في الدواب ليس بعيب كما هو أظهر الوجهين في الرافعي في كتاب الصداق والموجود في أكثر الكتب .

أما اذا قلنا : انه عيب ، وهو ما أورده في التهذيب ، فيظهر أن يكون الكلام فيه كالكلام فيما اذا سبط شعر الجارية ثم بان أنها جمعة ،

لأن الأغراض تختلف به وإن كان يعمده وصف كمال ، وقد أسلفت ما فيه .

( قلت : ) وكان مراده بذلك أن يأتي فيه على طريقة قاطعة بعدم الخيار . كما قال الصيدلاني هناك ، وانتصر له . وإن كنت قد بينت هناك ما يرد من كلام الصيدلاني أما هنا فلا يأتي ما تقدم من الاعتراض بكلام الصيدلاني ، ولكن قد يقال : الحمل وإن كان عيبا فقد يقصده بعض العقلاء ، ويتعلق الغرض به ، ولهذا يصح اشتراطه في الجارية على الأصح ، وإن كان عيبا فيها ، ويثبت الخيار بعدمه كما قاله ابن يونس .

( والطريقة الصحيحة ) إجراء القولين في اشتراط حمل الجارية . والطريقة القاطعة بالصحة فيها لأجل أن الحمل في الآدميات عيب ، وأن شرطه اعلام بالعيب ضعيف . والأصح أن الحمل في الجارية والبهيمة زيادة ونقص كما ذكره في كتاب الصداق ، فليس نقصا من كل وجه ، حتى يكون عدمه كعدم العيب ، بل عدمه يفوت به ما فيه من الزيادة . فلذلك يثبت به الخيار .

وقال ابن الرفعة في كتاب البيع : أنا إذا قلنا : انه عيب فأخلف فلا خيار له كما إذا شرط أنه سارق فخرج غير سارق . وفي كلام الرافعي رضي الله عنه ما يقتضي أن هذه طريقة ليست المذهب ، ولكن مع ذلك إنما يأتي إذا قلنا الحمل عيب ونقص من كل وجه ، وهو بعيد . فإنه قد يكون مقصودا للعقلاء ويرغب فيه في بعض الأوقات لأغراض صحيحة بخلاف العيب المحض .

( المرتبة الثالثة ) التي لا يثبت فيها الخيار قطعا ، وهو إذا جرى الخلف بشيء لا ظهور له ، كما إذا كان على ثوب العبد نقطة من مداد فهذا لا ينزل منزلة شرط كونه كاتباً ، هكذا ذكره الامام ، ونبه على أن محل الوجهين اللذين ذكرناهما في المرتبة الثانية ، وأما إذا كان وقع المداد بحيث يعد من مثله أن صاحب الثوب ممن يتعاطى الكتابة ، وذكر الروياني فيما إذا كان على الثوب أثر مداد فظنه كاتباً طريقين :

( أحدهما ) أن فيه وجها واحدا ، لأنه يحتمل أن يكون استمار ثوبا . فقد ظن في غير موضعه ، فهذا الذي قاله الروياني يحتمل أن يكون في المسألة من حيث الجملة ، ويحتمل أن يكون القطع في محل ، والخلاف في مثل آخر على ما تقدم ، ويحتمل أن يكون الطريقان في هذه المرتبة الأخيرة ( والأفقه ) التفصيل المتقدم ولم يذكر المصنف رحمه الله هذه المرتبة الأخيرة ولا شيئا من أمثلة القسم الثاني من المرتبة الثانية ، وانما ذكر مسألة سبوة الشعر وقد نبهت على أنها — وان كان فيها خلاف في الرد — فليس ذلك اختلاف في الحاقه بالمصراة ، بل لأجل خروجها على الوصف الأكمل .

فينبغي أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على أنه لم يرد الا ذكر المصراة وما يلحق بها ، ولذلك ذكر بعده مسألة هي من المرتبة الأولى التي لا خلاف في ثبوت الخيار فيها ، وهي اذا اشترى صبرة ثم بان أنها على صخرة ، أو بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، أى وان كان الكل جيدا لا عيب فيه ، فأما مسألة الصبرة اذا بان أنها على صخرة وكان المشتري عند العقد يظن أنها على استواء الأرض ، فهل يتبين بطلان العقد ؟ وفيه وجهان ( أحدهما ) لا ، ولكن للمشتري الخيار كما ذكره المصنف رحمه الله تنزيلا لما ظهر في منزلة العيب والتدليس ، وهو الذى نص عليه الشافعى في باب السفة في الخيار في الجزء السابع من الأم .

قال الرافعى رضى الله عنه : وهذا ما أورده صاحب الشامل وغيره ( قلت ) ومن جزم به الماوردى في باب الشرط الذى يفسد البيع ، والقاضى أبو الطيب قبل باب بيع المصراة .

( والثانى ) وبه قال الشيخ أبو محمد يتبين بطلان العقد ، لأننا بنينا بالآخرة أن العيان لم يفد علما ، هذا اذا ظنها مستوية الأرض ، أما لو علم بالحال فثلاثة طرق ( أحدها ) أن في صحة البيع قولى بيع الغائب ( والثانى ) القطع بالصحة ( والثالث ) القطع بالبطلان ، وهو ضعيف ، وان كان منسوبا الى بعض المحققين .

( فان قلنا : ) بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها ، والوجهان في حالة الظن

الاستواء مفرعان على القول بالبطلان ههنا ، وأما اذا بان أن باطنها دون ظاهرها في الجودة ، فالتبيين حاصل كمسألة المصراة ، وتجميع الشعر ، وشبهها من المسائل المجزوم بثبوت الخيار فيها ولم أرها في غير كلام المصنف رحمه الله ، أتبعه ابن أبي عصرون في الانتصار والمرشد ، وانما المشهور في كلام الأصحاب اذا وجد باطنها عفنا أو نديا أو معيبا ، أما اذا وجدته دون ظاهرها في الجودة مع كونه غير معيب فقل من تعرض له ، لكن في كلام الشيخ ما يحتمله ، فانه قال في باب الشرط الذي يفسد البيع : ان نقلها فوجد أرضها مستوية وباطن الطعام كظااهره فالبيع لازم ، وان كانت على دكة أو خرج الطعام متغيرا كان له الخيار ، لأنه تدليس ، فهذا الكلام يمكن أن يؤخذ منه ما ذكره المصنف ، وبالجمله فالحكم فيه واضح للتدليس ، وهذا فرع عن القول بصحة البيع .

وقد قال الامام عند الكلام في بيع الغائب : ولو كان باطن الصبرة يخالف ظاهرها فحفظى عن الامام أن ذلك بيع غائب ، وفيه احتمال ظاهر عندي ، وانما أخر المصنف هذه المسألة بعد مسألة تسبيط الشعر المختلف فيها حتى يجعل تسبيط الشعر بعد تجميعه ، والخلاف فيها لغير الحاقها بالمصراة كما تقدم التبيين عليه ، والله تعالى أعلم .

وقد يقال : ان العلم بباطن الصبرة مما يسهل استكشافه بادخال يده فيها ونحوه فهلا كان ذلك كعلف البهيمة وارسال الزنبور وأخواتها ؟ وقد تقدم أن الأصح عدم ثبوت الخيار فيها لسهولة الاستكشاف .

( والجواب ) أن الاستدلال بظاهر الصبرة على باطنها أمر معتاد ، لا ينسب صاحبه الى تفريط ويشق تقليب الصبرة بكمالها ، وأما انتفاخ بطن البهيمة وضرعها وأخواتها فلا يدل دلالة واضحة على الحمل واللبن ، والمكتفى بدلالة ذلك على الحمل واللبن ، ودلالة تلطخ الثوب بالمسداد على الكتابة منسوب الى تفريط ، وقد نص الشافعي رحمه الله فيما نقله أحمد بن بشرى على أنه ان خلط حنطة بشعير ثم جعل أعلاها حنطة لم يجز ، وان خلطهما أو حنطتين احدهما أرفع فلا بأس ببيعهما اذا كان ظاهره وباطنه واحدا فالتقيد بذلك دليل

على أنه اذا جعل ظاهرها أجود يثبت الخيار ، لأنه جعله من الغش المحرم ، والغش المحرم يثبت الخيار .

( فروع ) اذا أسلم اليه في جارية جعدة فسلم اليه جمدة فلا خيار له على أصح الوجهين ، قاله القاضى أبو الطيب .

اشترى جارية على أن شعرها أبيض فكان أسود ، ففي الرد وجهان في الحاوي وغيره . قال في المجرد من تعليق أبى حامد وغيره : الصحيح أنه لا يرد ، وقياسه أن يأتى الوجهان فيما اذا شاهد شعرها أبيض فبان أسود كما في السبوة ، وكذلك في البحر . لكنه في نسخة سقيمة لم أثق بها الخيار في تلقى الركبان مستنده التفسير كالتصرية ، وكذا خيار النجش ان أثبتناه . ومن التدليس الذى لا يثبت به خيار أن يقول كاذبا طلب هذا الشيء منى بكذا ، أو اشتريته بكذا ، فان المشتري يغتر بما يقوله ويزيد في الثمن بسببه ، قاله القاضى حسين وغيره ، والله تعالى أعلم .

( فرع ) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ، ذكر العراقيون هذا الفرع في مناظرة جرت بين الشافعى ومحمد ابن الحسن بعضهم عن الاملاء وبعضهم عن القديم قال الشافعى : قال لى محمد بن الحسن : فما تقولون فيما اذا اشترى شاة ليست بمصراة ولكن فيها لبن فحلبها زمانا ثم وجد بها عيبا أله الرد ؟ .

( قلت : ) نعم فقال : اذا رد أبرد شيئا لأجل اللبن ؟ .

( قلت : ) لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة قال : والفصل بينهما أن لبن المصراة متحقق فوجوده حالة العقد يتقسط عليه بعض الثمن فوجب رد قيمته على البائع عند تلفه وغير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد ، فلم يتقسط عليه شيء من الثمن فلم يجب رد قيمته .

واعترض الامام على ذلك بأننا اذا كنا نردد القول في أن الحمل هل يعلم ؟ فاللبن معلوم في الضرع ، قال : وكيف لا ؟ وقد تتكامل الدرة . ويأخذ الضرع في التقطير ، ولكن الوجه أن نجعل اللبن كالحمل في مقابلته بقسط من الثمن ( فان قلنا ) لا يقابل بقسط ، فالجواب

ما حكه ( وان قلنا ) يقابل ، فالوجه أن يرد بسبب اللبن شيئا ، وجزم صاحب التهذيب بأنه يرد معها صاعا من تمر • وحكى الرافعي ما قاله صاحب التهذيب ، وما حكاه أبو حامد عن النص ، وما رواه الامام عن التخريج على أنه هل يأخذ قسطا من الثمن ؟ قال : والصحيح الأخذ ، وذلك اشارة الى ترجيح طريقة الامام أو طريقة صاحب التهذيب على الطريقة المحكية عن النص ، وأن الأصح أنه يرد بدل اللبن •

وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن ، ولكن لا يلزمه رد صاع لأن الصاع عوض لبن التصرية ، فان اتفقا على قدره فذاك ، والا فالقول قول المشتري ، فهذه أربع طرق ، وفي تعليق أبي على الطبري عن ابن أبي هريرة أنه يردّها قولاً واحداً ، ويرد معها صاعا من تمر على أصح الوجهين ، وفي هذا موافقة لصاحب التهذيب ، وفي تعليق الشيخ أبي حامد التي بخط سليم ، وتعليق القاضي أبي الطيب وغيرهما تفصيل لا بد منه ، وهو أنه اذا لم يمكن هناك رد اللبن المطلوب ولا رد شيء لأجله ، لأن اللبن لم يكن موجودا في حالة العقد وانما حدث في ملكه وان كان ينتج في تلك الحالة شيء فذلك يسير لا حكم له ، وما حدث في ملكه لا يمنعه من الرد ولا يوجب عليه بدلا كغلة العبد ، فهذا القسم لا يمكن الخلاف فيه ، لأنه ليس عند العقد لبن يقابل بقسط من الثمن ، فايجاب البديل لا يدل عليه معنى ولا يفيد أن في ضرعها لبن<sup>(١)</sup> مجتمع لبن العادة لا لبن التصرية ، فحلبها ثم علم بها عيبا ، فان كان اللبن تالفا فلا رد ، لأنه تناوله لاستعلام العيب ، فلا يمكن له رد بعض المبيع •

ونقل القاضي أبو الطيب أن من أصحابنا من قال : له رد الشاة ولا يرد بدل اللبن ، وأنه نص عليه في القديم ، لأن لبن غير التصرية يسير ، قال أبو الطيب والثالثي : والأول أقيس ، واذا ضمنت

---

(١) لبن هنا اسم ل ( أن ) بدون تنوين لأنه مضاف والمضاف اليه مجتمع الذي أضيف اليه لبن العادة فهنا تتألى اضافات فانتبه •

(الطيمي)

ما ذكره الرافعى والماوردى الى ما اختاره هو لاجتماع فى المسألة فى هذا القسم خمس طرق :

( أحدها ) امتناع الرد • وهو اختيار الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما •

( والثانى ) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئاً ، وهو المحكى عن نصح فى القديم • والرافعى نقله عن حكاية أبى حامد ، ولم أره فى تعليقه فى هذا القسم صريحاً ، وإنما ذكره مطلقاً • وأما أبو الطيب فإنه صرح به فى هذا القسم كما ذكرت •

( الطريق الثالث ) قول صاحب التهذيب : انه يردّها ويرد صاعاً من تمر •

( الرابع ) قول الماوردى : انه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع •

( الخامس ) قول الامام التخريج على مقابلته بالقسط والأصح المقابلة ، فيلزم رد بدله ، لكن ماذا يرد هل هو التمر ؟ كما قال صاحب التهذيب أو غيره ؟ كما قال الماوردى ، لم يصرح الامام فى ذلك بشئ •

وان كان اللبن باقياً فعند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب ومن وافقهما ينبى على الوجهين المتقدمين ، فيما لو كان اللبن باقياً وطلب المشتري رده مع المصراة ( ان قلنا ) يرد رده وردّها بالميب ( وان قلنا ) لا يرد يرجع بالأرض ولم يتعرض الرافعى رحمه الله وصاحب التهذيب والامام والماوردى لحالة بقاء اللبن بخصوصها ، والظاهر أن صاحب التهذيب القائل : يرد به الصاع التمر • لا يفترق الحال عنده بين بقاء اللبن وتلفه كالمصراة على المذهب ، والماوردى يحتمل أن يكون كذلك ، وهو الظاهر لتمذر العلم بمقدار اللبن ، الا أن يتفقا على رده ، وقول الامام محتمل لكلام صاحب التهذيب وكلام الماوردى كما تقدم ، فعلى هذا يأتى فى حالة بقاء اللبن أيضاً ست طرق : امتناع الرد أو الرد ، ولا يرد معها شيئاً ، والرد مع رد اللبن ، أو الرد مع رد التمر ، أو الرد مع رد البدل غير التمر ، أو التخريج على المقابلة بالقسط •

وفي هذه المسألة إذا قلنا برد الشاة مع اللبن عند مقابلة شيء ليس في مسألة المصرة على ذلك القول ، وهو أنا هناك نقول له أن يرد ويجبر البائع على القبول وللمشتري مع ذلك أن لا يرد اللبن ويرد الشاة وحدها مع التمر . وأما هنا على هذا القول فانا نقول : اما أن يرد اللبن والشاة ، واما أن لا يرد شيئاً ، ولا نقول ان له رد التمر ، لأنه لو كان تالفا لم يرد التمر ، وانما يمتنع ، فكذلك اذا كان باقيا ، واللبن عند هؤلاء لعين أخرى ورد عليها العقد في غير التصرية ، والله أعلم .

(تنبيه) اعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن يقول بأن اللبن يقابله قسط من الثمن ، ومن يقول بأنه لا يرد أصلاً يقول بأنه مقابل بالقسط ، فيشبه أن تكون اطلاقاتهم مخرجة على ذلك ، لا أن تكون طريقة مخالفة ، وحينئذ تعود الطريق الى القسم الأول الى أربعة في الثاني الى خمسة ، وانما ذكرت طريقة الامام معهم لمغايرتها في ظاهر العبارة ، والله أعلم .

واذا وقفت على ما تقدم علمت أن الذي ينبغي أن يكون هو الصحيح أحد قولين ، اما امتناع الرد في القسم الأول كما اختاره الشيخ أبو حامد ، وقال القاضي أبو الطيب : انه الأقوى ، وذلك لأن الصحيح أن اللبن يقابله قسط من الثمن ، فليس له أن يرد من غير رد بدله ولا مع بدله ، لما فيه من تفريق الصفقة ، ورد الشاة بعد تعييبها بما ليس من ضرورة الوقوف على العيب ، ولأن الصاع الذي جعل بدلا عن اللبن ورد في المصرة على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه ، وكذلك في القسم الثاني ، لأنهم بنوه على الوجهين السابقين في رد لبن المصرة عند بقاءه ، والصحيح هناك أنه لا يجب على البائع قبوله ، ومقتضى البناء أن يكون الصحيح هنا أنه لا يرد ويأخذ الأرض ، وأخذ الأرض في القسمين إذا قلنا بامتناع الرد ، سواء كان اللبن باقيا أو تالفا ، وان سكتوا عنه فالصحيح حينئذ امتناع الرد مطلقا في القسمين .

وأما قول صاحب التهذيب انه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد . فان في الحديث الوارد في المصرة ان صح قياس

هذه عليه وجب أن يرد التمر كما قال صاحب التهذيب ، وإن لم يصح قياسها على المصرة وجب أن يجرى فيها على حكم القياس • فبمقتنع الرد كما قاله أبو الطيب ومن وافقه فيقول : الماوردي مخالف للأمرين جميعا • فأصح الأقوال وأحسنها أحد القولين ، أما قول أبي الطيب ومن وافقه ، وأما قول صاحب التهذيب • وفي كل منهما مرجح •

أما قول صاحب التهذيب فلأنه لما علم من الشارح في المصرة أن بدل اللبن صاع من تمر وجب أن يكون ذلك بدلا له في المصرة في غيرها ، لاسيما والمعنى الذي ثبت لأجله من قطع التنازع موجود هنا • فيثبت بالقياس على المصرة ، وأما قول الشيخ أبي حامد وأبي الطيب ومن وافقهما فيرجحه الجريان على القياس الكلي في غير المصرة ، وقصر الحكم الوارد في الحديث على محل النص • لكونه مخالفا للقياس فلا يتعدى به محله ، والمختارون لهذا القول من العراقيين أكثر • وقال صاحب العدة : أنه ظاهر المذهب ، وعندى في الترجيح بين القولين نظر ، أن قوى القياس على المصرة يترجح قول صاحب التهذيب ، والا يرجح قول أبي الطيب ، وهو ومن وافقه يجيبون عن القياس على المصرة بأن المصرة حلبها لاستعلام العيب بخلاف هذه • والقلب إلى ما قاله هؤلاء أميل منه إلى ما قاله صاحب التهذيب • والعجب أن الرافعي لم يتعرض لهذا ولا حكاه • هذا إذا كان عند العقد لبن موجود له قيمة • فإن لم يكن كذلك جاز رد الشاة وحدها كما تقدم ذلك مما لا نزاع فيه •

واعلم أن إطلاق النص يقتضى أيضا مخالفة قول الأكثرين • وقول صاحب التهذيب وقول الماوردي وأنه يردّها ولا يرد معها شيئا ، فاما أن يكون ذلك من الأقوال القديمة كما اقتضاه نقلهم له عن القديم ، وأما أن يكون محمولا على ما إذا كان لبن ييسر • أما اللبن الكثير فهو مقابل بقسط من الثمن على ما صرح به الشافعي رضي الله عنه في الأم وحكيناه في غير موضع ، فلا يمكن القول بالرد بدون رد بدله ، والله أعلم • الا إذا قلنا بأنه لا يقابل بقسط من الثمن •

ويحتمل أن يحمل قول الشافعي رضي الله عنه : لا يرد شيئا لأجل

اللبن . أى اللبن الحادث ، فإن فى نصه الذى حكاه ابن بشرى قال : « وإذا اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها شهرا أو أكثر ثم ظهر على عيب دلّس له فيها ردها ولم يرد معها شيئا » وقوة هذا الكلام تشير الى أنه لا يرد معها شيئا عن ذلك الذى احتلبه طول الشهر ، وصاحب التهذيب فيما قاله فى هذه المسألة تابع للقاضى حسين فإنه سئل عنها فقال : ينبغى أن يرد معها صاعا من تمر ، والله أعلم .

( فرع ) إذا كانت الشاة غير مصراة وشككتا هل كان فى ضرعها حين البيع لبن له قيفة أو لا ؟ لم يرد معها شيئا . وعليه يحمل قول الشيخ أبى حامد ومن وافقه فيما تقدم أن غير المصراة لا يتحقق وجود لبنها حالة العقد فلم يتقسط عليه الثمن فلم يجب رد قيمته . والله أعلم .

( فرع ) الكلام الى هنا فى بيع المصراة ، ومن الفصل الذى بعده فى الرد بالعيب والمزنى فى المختصر ، وأكثر الأصحاب جعلوا ذلك بابين ، فترجموا الأول باب بيع المصراة ، وترجموا الثانى باب الخراج بالضمان والرد بالعيوب . والمصنف رحمه الله جعل ذلك بابا واحدا لاشتراكهما فيما نبهت عليه أول الباب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( ومن ملك عيبا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعهما حتى يبين عيبها . لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : « المسلم أخو المسلم ، فلا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له » فان علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ذلك لمن يشتريه لما روى أبو سباع قال : « اشتريت ناقة من دار وائلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها ؟ أنها لسمينة ظاهرة الصحة . فقال : أردت بها سفرا أم أردت بها لحما ؟ قلت : أردت عليها الحج قال : أن بخفها نقبا . قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا تفسد على ؟ !! قال : انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لأحد يبيع

شيئا الا بين ما فيه ، ولا يحل لمن يعلم نكاح الا بينه » فان باع ولم يبين الصيب صح البيع • لأن النبي صلى الله عليه وسلم صحح البيع في المصراة مع التدليس بالتصرية ) •

( الشرح ) حديث عقبة بن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم في المستدرک وقال : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه • فأما حكمه بصحته فصحيح ، لأن رواته كلهم ثقات من رجال الصحيح ولا يظهر فيه علة مانعة ، وأما قوله أنه على شرط الشيخين ففيه نظر ، لأن في رواته يحيى بن أيوب وهو الغافق ، وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسه وكلاهما لم يرو عنه البخاري ، وإنما هما من أفراد مسلم •

وللحاكم شيء كثير مثل هذا ، وذلك محمول منه — والله أعلم — على أن الرجال المذكورين في اسناد هذا الحديث لا تقم رتبتهم عن الرجال الذين اتفق الشيخان عليهم وإثبات ذلك صعب ، فانه يتوقف على سير جميع أحوال هؤلاء وهؤلاء ، والموازنة بينهما ، وإن تأتى ذلك في النادر فانه يصعب في الأكثر ، ولعل عند البخاري شيئا من حال الشخص الذي لم يخرج له لا نطلع نحن عليه ، فدعوى أنه على شرطه فيها ما علمت • نعم هذا الحديث على شرط مسلم لأن الرجلين المذكورين أخرج لهما مسلم والباقيين متفق عليهم •

وقد ذكر البخاري في جامعه الصحيح هذا الحديث من كلام عقبة بن عامر فقال في ( باب اذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا • وقال عقبة بن عامر : « لا يحل لامرئ يبيع سلعة يعلم بها داء الا أخبره » ) أورده هكذا معلقا ، وذلك لا يقدر في رواية من رواه مرفوعا ، وعقبة أفتى بذلك بمقتضى الحديث الذي سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم •

( واعلم ) أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف رحمه الله في الكتاب ، فان لفظ ابن ماجه « المسلم أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم باع لأخيه بيعا فيه عيب الا بينه له » ولفظ الحاكم كذلك ، وكذلك البيهقي عنه « المسلم

أخو المسلم ، ولا يحل لمسلم ان باع من أخيه بيعا فيه عيب أن لا يبينه له « وليس في شيء من الروايتين التقييد بالعلم كما في كلام المصنف رحمه الله ، وإن كان العلم لابد منه في التكليف ، ولكن ترك ذكره كما في الرواية أبلغ من الزجر عن ذلك ، وأدعى الى الاحتياط والاحتراز ، فإنه قد يكون بالمبيع عيب لا يعلمه البائع ، ولكنه متمكن من الاطلاع عليه ، ولو بحث عنه واستكشفه لعلمه ، فهاهماله لذلك وتركه الاستكشاف مع تجويزه له تفريط منه لا يمنع تعرضه للآثم بسببه ، نعم التقييد بالعلم مذكور في الأثر الذي ذكره البخاري من كلام عقبة ، وبقية المخالفة في اللفظ يسيرة لا يتعلق بها معنى ، وكل الألفاظ المذكورة تدل على أن الذي لا يحل هو الكتمان لا البيع ومعرفة هذا هنا نافعة في صحة البيع كما سيأتى ان شاء الله تعالى في آخر الفصل .

وروى هذا الحديث عقبة بن عامر بن عيس - بقاء موحدة من تحت ساكنة - الجهني ، وفي نسبه وكنيته اختلاف كثير ، والأصح في كنيته أبو حماد سكن مصر وكان واليا عليها ، وتوفي بها في آخر خلافة معاوية ، وروى عنه جماعة من الصحابة وخلق من التابعين ، وسند هذا الحديث من يحيى بن أيوب اليه ، وهم أربعة كلهم مصريون ، وقبر عقبة معروف مشهور بالقراءة .

وحديث واثلة بن الأسقع الذي ذكره المصنف رحمه الله أخرجه الحاكم في المستدرک من طريق أبي سباع المذکور ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وفي حكمه بصحته نظر فإنه من رواية أبي جعفر الرازي عن يزيد بن أبي مالك عن أبي السباع ، وأبو جعفر الرازي وهو عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمي ، وثقه يحيى بن معين وأبو حاتم الرازي وتكلم فيه جماعة ، قال الفلاس : سئء الحفظ ، وقال أبو زرعة الرازي : يهم كثيرا وقال أحمد : ليس بقوى وقال مرة : مضطرب الحديث وقال مرة : صالح الحديث وعن الساجي أنه قال : صدوق ليس بمتقن وقال ابن حبان : كان ممن ينفرد بالناكير عن المشاهير ، لا يعجبني الاحتجاج بخبره الا فيما يوافق الثقات ولا يجوز الاعتبار بروايته فيما يخالف الأثبات .

وأما يزيد بن أبي مالك فقال يعقوب الفسوى : في حديثه لين وابنه خالد ، هذا ما قاله الفسوى ، وقال أبو حامد : من فقهاء الثمام وهو ثقة ، وسئل أبو زرعة عنه فأثنى عليه خيرا ، وهو يزيد ابن عبد الرحمن بن أبي مالك ، وقد روى عنه وأثله نفسه ، وما قاله أبو حاتم وأبو زرعة فيه أولى مما قاله الفسوى .

وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك ، وواثلة ابن الأسقع الراوى لهذا الحديث من الصحابة المشهورين وهو من بنى ليث بن بكر بن عبد مناف بن كنانة ، واختلف في نسبه الى ليث ، ولا خلاف أنه من بنى ليث ، أسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يتجهز الى تبوك ويقال انه خدم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين ، وعلى هذا يكون اسلامه قبل تبوك ان كان المراد ثلاث سنين كوامل ، وكان من أهل الصفة سكن الثمام بقريه يقال لها البلاط على ثلاثة فراسخ من دمشق ، وشهد المخازي بدمشق وحمص ، ثم تحول الى بيت المقدس ومات بها ، وهو ابن مائة سنة .

وقال ابن معين : توفي سنة ثلاث وثمانين وهو ابن مائة وخمس سنين ، كذا قال البخارى في التاريخ الكبير ، ورواه في الصغير عن ابن عياش ، وهو اسماعيل عن سعيد بن خالد ، وقيل : بل توفي بدمشق في آخر خلافة عبد الملك سنة خمس أو ست وثمانين .

قال أبو مسهر : ويحيى بن بكير : مات سنة خمس وثمانين وهو ابن ثمان وتسعين سنة يكنى أبا الأسقع ، وقيل : أبو محمد ، وقيل : أبو قرصافة ، وهذا القول الثالث في كنيته قال البخارى : انه وهم وقيل : أبو الخطاب نقله البغوى في معجمه والصحيح في نسبه وأثله بن الأسقع بن عبد العزى بن عبد ياليل بن ناثب ابن غيرة بن سعد بن ليث بن بكر والأسقع بقاف وغيره — بغير معجمة مكسورة وياء مثناة من تحت مفتوحة — ومن فضائله ما ذكره البخارى في تاريخه عنه قال : لما نزلت «**انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت**»<sup>(١)</sup> فقال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلى ،

(١) الاحزاب : ٣٣ .

قال : فهذا أرجا ما أرتجى ، وأكثر الناس يقولون فيه : وائلة ابن الأسقع ، وروى عن مكحول قال هو وائلة بن عبد الله بن الأسقع .

وأبو السباع شامي تابعي ذكره الحاكم أبو أحمد وابن عساكر من طريقه ولم يزد على ذلك ، وروى البيهقي هذا الحديث في السنن الكبير عن الحاكم وأبى بكر المخزومي معا بذلك الاسناد ، ولفظ الحديث في المستدرک وسنن البيهقي كما ذكره المصنف رحمه الله الا شيئا يسيرا فيه « فلما خرجت بها أدركتني وائلة ، وهو يجبر رداءه فقال : يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟ » والباقي سواء في المعنى وهذان الحديثان اللذان ذكرهما المصنف رحمه الله عن عقبة وائلة متفقان على تحريم كتمان البائع العيب . ويزيد حديث وائلة بتحريم ذلك على غير البائع أيضا اذا علمه ، وقد وردت أحاديث في المعنى غير ما ذكره المصنف منها عن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم « مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بلأ فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله . قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ من غش فليس مني » رواه مسلم في أول كتابه الصحيح وأصحاب السنن .

وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم « مر برجل يبيع طعاما فقال : كيف تبيع ؟ فأخبره فأوحى الله اليه أن أدخل يدك فيه فأدخل يده فاذا هو مبلول ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس منا من غش » رواه البيهقي . وعن العداء : — بفتح العين وتشديد الدال المهملة وبعدها ألف ممدودة — ابن خالد قال : كتب الى النبي صلى الله عليه وسلم « هذا ما اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد ببيع المسلم المسلم لا داء ولا خبيثة ولا غائلة » رواه البخارى تعليقا ، فقال : ويذكر عن العداء بن خالد .

وقال قتادة : الغائلة الزنا والسرقة والاباق — وهكذا هو في البخارى : « اشترى محمد رسول الله من العداء بن خالد » والخبيثة ما كان غير طيب الكسب . وسأل الأصمعي سعيد بن أبى عروبة عنها فقال : بيع أهل عهد المسلمين ، والأول أصح ، وهى — بكسر الخاء

وسكون الباء الموحدة وبالثاء المثلثة - فكأنه يقول : لا مرض ولا حرام ولا شيء يقوله أى بملكه من اباق وغيره .

ورواه الترمذى وابن ماجه متصلًا كلاهما عن محمد بن بشار عن عباد بن الليث عن عبد المجيد بن وهب قال : قال لى العداء ابن خالد بن هوذة : « ألا أقرؤك كتابا كتبه لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قلت : بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشترى العداء ابن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب ، وعن مكحول وسليمان بن موسى كليهما عن وائلة بن الأسقع قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « من باع عيبا ولم يبينه لم يزل فى مقت الله ولم تزل الملائكة تلغنه » رواه ابن ماجه .

وعن عمير بن سعيد عن عمه وهو الحارث بن سويد النخعى قال : « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم الى البقيع فرأى طعاما يباع فى غرائر فأدخل يده فأخرج شيئا كرهه فقال : من غشنا فليس منا » قال الحاكم فى المستدرک : هذا حديث صحيح .

وعن أبى الحمراء قال : « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بجنابات رجل عنده طعام فى وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غششت : من غشنا فليس منا » رواه ابن ماجه ، والأحاديث فى تحريم المغش ووجوب النصيحة كثيرة جدا ، وحكمها معلوم من الشريعة ، وكتمان العيب غش ، وفى حديث حكيم بن حزام الثابت فى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وان كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » .

وعن تميم الدارى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الدين النصحية » وعن جرير رضى الله عنه قال : « بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم على اقامة الصلاة وإيتاء الزكاة والنصح لكل مسلم » رواهما مسلم .

( أما اللغة ) فالعيب ، قال الجوهري : العيب والعيبية والعاب بمعنى واحد تقول عاب المتاع اذا صار ذا عيب ، وعيبته أنا يتمدى ولا يتمدى فهو معيب ومعيوب أيضا على الأصل فيقول : ما فيه معابة ومعاب أى عيب ، والمعاب العيوب ، وعيبه نسبه الى العيب ، [وعيبه] (١) جعله ذا عيب وتعيبه مثله •

وقال ابن فارس : العيب فى الشئ معروف وقد قسم أصحابنا العيب وأوضحوه وبينوه بيانا شافيا ، وسأذكر ذلك ان شاء الله تعالى عند قول المصنف : والعيب الذى يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا •

والنقب — بفتح النون والقاف وبعدها باء موحدة ، وهو مصدر نقب بكسر القاف ينقب بفتحها — يقال : نقب خف البعير اذا رق وحفى ونقب الخف اذا تخرق ، ويقال نقب البيطار — بفتح القاف — سره الدابة ليخرج منها ماء ، وتلك الحديدة منقب ، وذلك المكان منقب ، وقوله بخفها قال أهل اللغة : الخف للبعير والحافر للفرس والبغل والحمار ، وما ليس بمنشق القائم من الدواب ، والخلف للبقرة والغنم والظباء ، وكل حافر منشق منقسم •

والتدليس المراد به اخفاء العيب مأخوذ من الدلسة وهي الظلمة ، وقال الأزهرى : التدليس أن يكون بالسلعة عيب باطن ولا يخبر البائع المشتري بذلك العيب الباطن ويكتمه اياه ، فاذا كتم البائع العيب ولم يخبر به فقد دلس ، ويقال فلان لا يدلس ولا يواكس أى لا يخادع ، وما فى فلان دلس ولا وكس ، أى ما فيه خبث ولا مكر ولا خيانة • هذا من كلام الأزهرى رحمه الله •

( أما الأحكام ) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل : الأولى أن من ملك عينا وعلم بها عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وهذا الحكم متفق عليه للنصوص المتقدمة لا خلاف فيه بين العلماء ، قال الشافعى رحمه الله فى آخر باب الخراج بالضمنان من المختصر : « وحرام التدليس • وكذلك جميع الأصحاب » •

(١) بفتح العين وتشديد الياء المثناة مع الفتح •

وأما ما قاله الجرجاني في الشافعي والمحاملي في المتن أنه إذا كان مع الرجل سلعة وبها عيب يعلمه وأراد بيعها ، استحب له إظهاره ، فعبرة رديئة موهمة . وأن ذلك غير واجب ، وذلك لا يقوله أحد له علم ، وتقيد المصنف رحمه الله بالعلم قد تقدم شيء من الكلام فيه . وإن نص الحديث مطلق بخلاف ما أورده المصنف رضي الله عنه في التنبيه . ومن علم بالسلعة عيبا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها ، وذلك يشمل المالك والوكيل والولي . وعبارته هنا مختصة بالمالك ، لكن الوكيل والولي يندرج في قوله هنا : وإن علم غير المالك بالعيب لزمه أن يبين ، وقول المصنف رحمه الله في الكتابين جميعا يدل على أن البيع عند كتمان العيب محرم . وعبرة الشافعي في قوله : وحرام التدليس . وكذلك عبارة كثير من الأصحاب تدل على حرمة كتمان العيب ووجوب بيانه ، ولم يتعرض للبيع ، وكذلك ألفاظ الأحاديث في ذلك .

وقد أثرت إلى هذا المعنى فيما تقدم ، ولكن لا منافاة بين الكلامين ، وكلا الأمرين حرام وحرمتها مختلفة ، فالتدليس حرام بالقصد في نفسه ، والبيع ليس حراما لذاته ، ولكن حرام لغيره ، وضبط هذا نافع فيما سيأتي في صفة البيع .

وفي عبارة المصنف والأصحاب وألفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفي البائع العالم بالعيب أن يقول : هو معيب ، أو يبيعه بشرط البراءة من العيوب : أو يقول : إن به جميع العيوب أو أنه لا يضمن غير الحل كما جرت عادة بعض الناس بفعل ذلك ، بل لابد من بيان العيب المعلوم بعينه ، والعبارات الأولى كلها فيها أجمال لا بيان ، وقد يظن المشتري سلامته عن ذلك : فإن البائع إنما قال ذلك حذرا من المهددة بخلاف ما إذا نص له على العيب بعينه ، فإنه يدخل فيه على بصيرة . وإطلاق المصنف رحمه الله والأصحاب والشافعي حرمة التدليس ووجوب البيان يتناول ما إذا كان المشتري مسلما أو كافرا ، ولفظ الأحاديث التي ذكرت واستدل بها المصنف رحمه الله ، إنما تدل على المسلم للمسلم ، وهذا كما تقدم ورد في الخطبة على خطبة أخيه ، والسوم على سومه ، وجمهور العلماء رحمهم الله على أنه لا فرق في ذلك بين المسلم والكافر .

وحكى الراغبي في كتاب النكاح عن أبي عبيد بن حريوة من أصحابنا في الخطبة أن المنع مخصوص بما إذا كان مسلما ، أما الذمي فتجوز الخطبة على خطبته قال : وبمثله أجاب في السوم على السوم .

( قلت ) فيحتمل أن يطرد ذلك هنا أيضا ، ويجعل تحريم الكتمان خاصا بما إذا كان المشتري مسلما ، ويوافقه ما تقدم في الحديث ببيع المسلم المسلم ، لا داء ولا خبيثة ، وفسر سعيد بن أبي عروبة الخبيثة ببيع أهل العهد ، ويحتمل أن لا يطرد ابن حريوة مذهبه هنا ، وهو الأقرب ، ويفرق بأن الخطبة على الخطبة والسوم على السوم ليس فيه الا إيقار الصدور ، وذلك حاصل في حق الكافر .

وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المسال الذي بذله المشتري ثمنا على ظن السلامة ، وله استرجاعه عند الاطلاع ، فكيف يحكم باباحة ذلك على ما لا يظن بأحد من العلماء القول به ؟ على أن قول ابن حريوة في الخطبة على الخطبة والسوم على السوم مخالف لقول جمهور العلماء ، قالوا : تحرم الخطبة على خطبة الكافر أيضا . ومن وافق ابن حريوة في الخطبة على الخطبة الأوزاعي ، والظاهر أنه لا يطرد ذلك في مسألتنا هنا للفرق المتقدم . ومن الحجة على تعميم الحكم في مسألتنا وفي مسألة الخطبة والسوم على البيع قوله صلى الله عليه وسلم : « لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » .

وأما التقييد في هذه الأحاديث فإنه خرج على الغالب ولا يكون له مفهوم ، أو أن المقصود التهييج والتنفير عن فعل هذه الأمور مع من يشاركه في الاسلام والآخرة ، ويثبت عمومها بدليل آخر . والله أعلم .

( المسألة الثانية ) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه للحديث الثاني الذي ذكره المصنف . ولقوله صلى الله عليه

وسم : « الدين النصيحة » والأحاديث في ذلك كثيرة صحيحة صريحة .  
وممن صرح بهذه المسألة مع المصنف رحمه الله ابن أبي عصرون  
والننوى في الروضة من زياداته ، وذلك مما لا أظن فيه خلافاً لموجب  
النصيحة . وقد دخل في قول المصنف غير المسالك البائع بوكالة أو ولاية  
الذى دل كلامه في التنبيه عليه وغير البائع ومن ليس له تعلق بهما ،  
الا أنه اطلع على العيب وان كان أجنبياً ، كما في قصة وائلة  
ابن الأسقع وله ثلاثة أحوال :

( أحدها ) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك ، فلا يجب  
عليه الاعلام في هذه الحالة لحصول المقصود باعلام البائع .

( الحالة الثانية ) أن يعلم أو يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه  
فيجب عليه لاطلاق الحديث ، ولقصة وائلة ، فإنه استفسر من المشتري  
هل أعلمه البائع ، فدل على أنه لم يكن جازماً بعدم اعلامه ، وذلك  
لأنه من جملة النصح . لكن هذا انما يكون اذا كان التوهم بمحتمله ،  
فلو وثق بالبائع لدينه وغلب على ظنه أنه يعلم المشتري به ، وهى  
الحالة الثالثة ، فيحتمل أن يقال : لا يجب عليه الاعلام في هذه  
الحالة لظاهر حال البائع . وخشية من التعرض لايفار صدره ،  
والبائع يتوهمه أنه أساء الظن به ، ويحتمل أن يقال انه يجب  
الاستفسار كما فعل وائلة بن الأسقع لأن الأصل عدم الاعلام ولا  
يجدون في الاستفسار مع عموم الحديث في وجوب التبيين . هذا  
كله اذا كان البائع عالماً بالعيب ، فان كان الأجنبى عالماً به وهذه  
وجب عليه البيان بكل حال . وأما وقت الاعلام ففي حق البائع  
قبل البيع ، فلو باع من غير اعلام عصى كما تقدم ، وفي حق الأجنبى قبل  
البيع أيضاً عند الحاجة ، فان لم يكن حاضراً عند البيع أو لم  
يتيسر له وجب عليه الاعلام بعده ، ليرد بالعيب كما فعل وائلة ،  
ولا يجوز له تأخير ذلك عن وقت حاجة المشتري اليه ، والله أعلم .

( شرع ) قال الامام : الضابط فيما يحرم من ذلك أن من علم  
شيئاً يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح ما ينبغى في تدليس فيه فقد

فعل محرماً : فان لم يكن السبب مسببا للخيار فترك التعرض له  
لا يكون من التدليس المحرم ولا يجب ذكر القيمة فان الغبن لا يثبت  
بمجرد خيار ، والله أعلم •

( المسألة الثالثة ) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية •  
قال الشافعي رحمه الله في المختصر : « وحرام التدليس ولا ينقض  
به البيع » وجملة القول في ذلك أن البائع اذا باع سلمة يعلم أن فيها  
عيبا ، فاما أن يشترط فيها السلامة مطلقا أو عن ذلك العيب ،  
واما أن يطلق ، فان أطلق واقتصر على كتمان العيب ، وهى مسألة  
الكتاب ، فمذهبنا وجمهور العلماء أن البيع صحيح ، ونقل المحاملي  
والشيخ أبو حامد وغيرهما عن داود أنه لا يصح • ونقله ابن المغلس عن  
بعض من تقدم من العلماء أيضا •

واحتج أصحابنا بحديث المصراة كما ذكره المصنف رضى الله عنه ،  
فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل مشتري المصراة بالخيار ان  
شاء أمسك وان شاء رد مع التدليس الحاصل من البائع بالتصرية وهى  
عيب مثبت للخيار بمقتضى الحديث ، فدل على أن التدليس بالعيب  
وكتمانه لا يبطل البيع ، وبأن النهى لمعنى فى العاقد والنهى اذا كان  
لمعنى فى العاقد لا يمنع صحة البيع كالبيع على بيع أخيه ، وانما  
يبطل النهى اذا توجه الى المعقود عليه كالنهي عن الملامسة والمنابذة ،  
ألا ترى أن النهى عن بيع وقت النداء لما لم يرجع الى ذات العقد  
لم يقتض الفساد ، بل ما نحن فيه أولى بالصحة ، لأن البيع  
وقت النداء متوجه اليه ، وان كان معللا بأمر خارج • وأما هنا فى  
المصراة فلم يرد النهى على البيع ، وانما ورد هنا على كتمان العيب  
كما أشرت اليه فيما تقدم وفى المصراة على التصرية ، فليس البيع  
منهيا عنه أصلا ، بل هو من حيث هو مباح ، والحرام هو الكتمان ،  
والبيع وقت الجمعة منهى عنه لاشتراكه على التفويت ، فلتفهم الفرق  
بين الموضعين • وبهذا يجاب عن استدلال الظاهرية بقوله صلى الله  
عليه وسلم : « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » فنقول : التدليس  
هو المنهى عنه • وهو مردود •

( فان قلت : ) قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ،

وأن المحنف رحمه الله صرح به في التنبيه ، وإذا كان كذلك فهو مثل البيع وقت النداء ، فلم يكن أولى منه بالصحة ( قلت ) لا شك أن المراتب ثلاث •

• ( المرتبة الأولى ) وهي أعلاها ما كان منها عن معنى فيه ، كبيع الملامسة •

• ( المرتبة الثانية ) ما كان منها عن لا معنى فيه من حيث هو ، بل لاستلزامه أمرا ممنوعا كالبيع وقت النداء ، فهو مستلزم للتفويت الممنوع ، أو هو فرد من أفراد ما يحصل به التفويت ، والمتضمن أو المستلزم للممنوع ممنوع •

• ( المرتبة الثالثة ) وهي أدناها ما لم ينع عنه أصلا ، ولكن به يتحقق ما هو منهي عنه ، فهذا لم يخرج عن الشرع عن قسم الإباحة فهو كسائر المباحات إذا استلزم شيء منها محرما في بعض الأوقات ، لا نقول : أنه ينقلب من الإباحة إلى التحريم ، ويوضح لك هذا أنه في المرتبة الثانية إذا اشتغل بالبيع وفوت السعي للجمعة يأثم اثنين : اثم للبيع المنهى عنه ، واثم لتفويت الواجب ، وفي هذه المرتبة لا يأثم الا اثم واحد على الغش وكتمان العيب على البيع ، ولا يأثم على البيع اثما آخر • وإذا حكمنا على البيع المقارن للغش بالتحريم كذلك حكم على المجموع المتضمن للغش المحرم ، وليس المراد أن ذلك الفعل حرام ثم ، أى ليس البيع أصلا في حالة من الأحوال مستلزما للكتمان ، لأن كل بيع يمكن أن يخبر معه بالعيب ، ولا يجوز الحكم على البيع بالتحريم الا على الوجه الذي بينته ، إذ يراد تحريم المجموع أعني البيع مع الغش فليس البيع وحده منها عن بطريق القصد ، ولا بطريق الاستلزام ، وقد وافق الظاهريون أو من وافق منهم على تصحيح البيع مع النجش قالوا : لأن البيع غير النجش ، وذلك يوافق ما قلناه هنا ، ووافقوا على تصحيح البيع مع تلقى الركبان ، ونص الحديث على ذلك ، فهو حجة لنا هنا أيضا •

والظاهرية في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص ويتمسكون فيما عدا ذلك بما ذكروه ، وقد تبين الجواب عنه بحول الله

وقوته وذكر البيهقي في باب صحة البيع الذي وقع فيه التدليس حديثا رواه البخاري « أن ابن عمر اشترى ابلا هيماء<sup>(١)</sup> من شريك لرجل يقال له نواس من أهل مكة . فأخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا . فقال : ويلك ، فجاء نواس الى ابن عمر فقال : ان شريكى باعك ابلا هيماء ولم يعرفك ، قال : غاستقها اذن . فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر : دعها .. رضينا بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لا عدوى » ، والله أعلم .

( فرع ) نقل الماوردي قبل باب : لا يبيع حاضر لباد ، عن أبي على ابن أبي هريرة أنه كان يقول : في ثمن التدليس حرام ، لا ثمن المبيع ، ألا ترى أن المبيع اذا مات يرجع على البائع بأرش عيب التدليس ، فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق ، وهذا شيء عجيب ، كيف يكون الثمن حراما والمبيع صحيحا ؟ وسيأتى في باب المراجعة كلام في ذلك في مسألة الاخبار بالزيادة ، ولعل مراد ابن أبي هريرة هنا أن القدر الزائد بسبب التدليس الذي يستحق استرجاعه عند فوات المبيع هو المحرم ، لا جملة الثمن ، وهو ظاهر كلامه ، ومع ذلك فيه نظر ، لأنه لو رضى المشتري بالعيب استقر ملك البائع على الثمن كله ولو لم يرض به - والمبيع قائم - استرجعه كله ، فان كان عدم استقراره موجبا للوصف بالتحريم فليكن جميعه حراما أو لا فلا يكون شيء منه حراما .

( فرع ) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ، ولكنه كان عالما بالعيب ، أما لو اشترط السلامة فكانت معيبة : أو شرط وصفا وأخلف . فالمشهور الصحة . وثبوت الخيار كحالة الاطلاق . وحكى الرافعي عن الحناطي أنه حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع ، وهو يوافق ما تقدم عن الظاهرية ، وهم قائلون بذلك في الشرط أيضاً . ولا يلزم طرد هذا القول الغريب هناك ، لأن تعلق الغرض بالوصف المشروط لفظاً أقوى ، وعند الاطلاق العقد متعلق بالمتعين ، وان كان العرف يقتضي السلامة ، فهذا فرق على القول الذي حكاه الحناطي حتى لا يلزم طرده ، وان كان هو ضعيفاً ، لأن مورد العقد المعين مع الشرط أيضاً ، والله أعلم .

(١) الهيماء : داء ، بصيب الابل كالحمى

## قال المصنف رحمه الله تعالى

(فإن لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب ، فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد ، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرجوع بالثمن كما قلنا في المصراة) •

(الشرح) المشتري للعين المعيبة تارة يكون عالما بعيبها ، وتارة لا يكون •

(الحالة الأولى) ان كان عالما فلا خلاف أنه لا يثبت له الخيار لرضاه بالعيب ، ولا يأتي فيه الخلاف المتقدم في المصراة اذا كان عالما بالتصرية ، لأن المستند في ثبوت الخيار هناك عند من يقول به : التعبد ، وان ذلك خيار ثابت بالشرع كما تقدم ، وليس هنا كذلك وهذه الحالة تؤخذ من مفهوم كلام المصنف رحمه الله ، فإنه شرط في الخلاف عدم العلم ، ومفهومه أن عند العلم لا خيار ، قال ابن حزم في كتاب مراتب الاجماع : واتفقوا على أنه اذا بين له البائع بعيب فيه وحد مقداره ، ووقفه عليه ان كان في جسم المبيع ، فرضى بذلك المشتري أنه قد لزمه ، والارد له بذلك العيب •

(فرع) فلو كان المشتري قد علم به ، ولكن لم يعلم أنه عيب يوكس الثمن ، ويوجب الفسخ • قال الماوردي : ولا رد له ، لأنه قد كان يمكنه عند رؤيته أن يسأل عنه • ولأن استحقاق الرد حكم ، والجهل بالأحكام لا يسقطها • قال : فلو كان شاهد العيب قديما وقال : ظننت أنه قد زال فلا تأثير لهذا القول ، لأن الأصل بقاء العيب ، ولو اختلفا في العلم بالعيب فالقول قول المشتري ، لأن الأصل عدمه ، قاله صاحب العدة •

(الحالة الثانية) اذا لم يعلم بالعيب وهي منطوق مسألة الكتاب يثبت الخيار لما ذكره المصنف رحمه الله • وقياس ذلك على المصراة ان كانت التصرية عيبا ظاهرا بالقياس • والجامع الذي ذكره المصنف ،

وقد قدمنا أن الصحيح أن التصرية عيب • وإن لم تكن التصرية عيباً فمن باب الأولى • لأن الخيار إذا ثبت بالتدليس بما ليس بعيب ، فثبوته بالتدليس بالعيب المحقق أولى • فكذا ذكره القاضي أبو الطيب • وفيه نظر • لأن الذي يقول بالتصرية ليس بعيب يجعلها كالشرط ويلحق الخيار فيها بخيار الخلف • وحينئذ قد يقال : لا يلزم من جعل التصرية التي هي من فعل البائع كالشرط جعل التدليس بالعيب الذي ليس من فعله • ونثن جعلنا التدليس بالعيب كذلك فالعيب إذا لم يعلم به البائع لا يمكن دعوى ذلك فيه ، ومع ذلك الخيار ثابت به • ولأجل ذلك الطريقة التي سلكها المصنف رحمه الله واقتصر عليها أولى في الاستدلال ، وأسلم عن الاعتراض • نعم هو إنما يأتي على قول الجمهور : أن التصرية عيب أما على القول الذي رجه الغزالي في الوجيز أن الخيار فيها ملحق بخيار الخلف فلا ، لأن سبب الخيار في المصرة المقيس عليها اخلاف الشرط الملتزم ، ولم يوجد في مسألتنا •

فالمصنف رحمه الله قد جعل الجامع بين المسألتين عدم حصول المبيع السليم فعلى ما اختاره الغزالي لا يأتي ، إلا أن يجعل ذلك مقيساً على الالتزام الشرطي وكذلك فعل هو في الوسيط تنزيلاً لغلبة السلامة منزلة الاشتراط ، ثم لك أن تجعل الالتزام الشرطي أصلاً يكتفى به كما اقتضاه كلامه في الوسيط ، ولك أن تردده إلى التصرية لورود النص فيها ، وقد اقتصر المصنف رحمه الله على الاستدلال بالقياس ، وفي المسألة حديث وإجماع ، أما الحديث فالذي ذكره بعد هذا بفصل في الخراج بالضمان ، فإن فيه أنه خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم « وأنه رده عليه بالعيب » وسنتكلم عليه هناك إن شاء الله تعالى •

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجملة • وانفقوا على أن من اشترى شيئاً ولم يبين له البائع العيب غيه ولا اشترط المشتري سلامة ولا اشترط الاخلاء به : ولا بيع منه ببراءة • فوجد به عيباً كان به عند البائع وكان ذلك العيب يمكن البائع معرفته وكان يحط من الثمن حطاً لا يتغابن الناس بمثله في مثل ذلك

البيع ، في ذلك الوقت . يعنى وقت عقد البيع . ولم يتلف عين البيع ولا نقصها ، ولا تغير اسمه ولا تغير سوقه ، ولا خرج عن ملك المشتري كله ولا بعضه ، ولا أحدث المشتري فيه شيئاً ولا وطأ ولا غيره . ولا ارتفع ذلك العيب . وكان البائع قد نقد فيه جميع الثمن فان للمشتري أن يردده ويأخذ ما أعطى فيه من الثمن ، وأن له أن يمسه ان أحب ، واختلفوا فيما عدا كل ما ذكرناه بما لا سبيل الى ضبطه باجماع جاز . انتهى .

وادعى القاضى أبو الطيب اجماع المسلمين على التسوية بين الغاش الخائن وغيره ولعل المصنف رحمه الله انما اقتصر على القياس . ولم يذكر الحديث والاجماع ، لأن الحديث فيه رد بعيب ، وذلك حكاية حال لا دلالة لها على العموم ولا اجماع مقيد بالقيود المذكورة ، أو أكثرها فكان الاستدلال بالقياس أشمل ، وبالجمله الرد بالعيب في الجمله لا شبهة فيه ، قال الشيخ أبو حامد : ولا يخفى أن المراد العيب الموجود عند العقد ، أما لو وجد العيب وزال قبل القبض فلا خلاف أنه لا حكم له ، وكذلك لو زال بعد البيع وقبل القبض .

( فرع ) ولى الطفل اذا اشترى له شيئاً فظهر به عيب ، فان كان الشراء بعين المال فهو باطل ، وان كان في الذمة نفذ في حق الولي ، فان اشترى سليماً فحدث به عيب قبل القبض — فان كان الحظ في الامساك — أمسك أو في الرد رد ، فان ترك الرد — فان كان اشترى في الذمة — انقلب اليه ، ولزمه الثمن من مال نفسه وان كان بغير مال الطفل بطل العقد ، قاله صاحب التتمة ، والله تعالى أعلم .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان ابتاع شيئاً ولا عيب فيه ثم حدث به عيب في ملكه — نظرت فان كان حدث قبل القبض — ثبت له الرد ، لان المبيع مضمون على البائع ، فثبت له الرد بما يحدث فيه من العيب كما قبل العقد ، وان حدث العيب بعد القبض نظرت — فان لم يستند

الى سبب قبل القبض — لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالصيب الحادث ، وإن استند الى ما قبل القبض بأن كان عبدا فسرقت أو قطع يدا قبل القبض ، فقطعت يده بعد القبض ، ففيه وجهان • ( أحدهما ) أنه يرد ، وهو قول أبى اسحاق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض فصار كما لو قطع قبل القبض • ( والثاني ) أنه لا يرد ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، لأن القطع وجد في يد المشتري ، فلم يرد كما لو لم يستند الى سبب قبله ) •

( الشرح ) الكلام الذي تقدم في اثبات الخيار في العيب الموجود عند البيع والكلام الآن في العيب الحادث بعده ، وقد قسمه المصنف رحمه الله الى ثلاثة أقسام :

( القسم الأول ) الحادث قبل القبض ، فحكمه حكم المقارن للعقد ، لأن المبيع مضمون قبل القبض على البائع بجملته ، فكذا أجزاءه ، وضمان الجزء الذي لا يقابله قسط من الثمن لا يقتضى الانفساخ ، فأثبت الخيار • والمصنف رضى الله عنه استغنى عن هذه الزيادة بجعله ما قبل القبض كما قبل العقد لائتراكهما في كون المبيع فيهما مضمونا على البائع ، بمعنى أنه إذا تلف تلف من كسبه ، وقد اتفق الأصحاب على هذا الحكم ، وأن العيب الطارئ قبل القبض كالمقارن للعقد ، وذلك منهم تفريع على ما هو متفق عليه في المذهب وهو أن البيع قبل القبض من ضمان البائع ، وأنه إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ، ونص عليه الشافعي رحمه الله في مواضع ، واستنبطه من بطلان عقد الصرف بالتفرق قبل التقابض كما تقدم التنبيه عليه في باب الربا ، وذكره المصنف في آخر باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ، وسنشرحه هناك إن شاء الله تعالى • أما على مذهب من قال : أن المبيع في يد البائع أمانة ، كما هو مذهب مالك ولا خيار له ، وممن صرح به المتولى وصورة المسألة المجزوم بها هنا إذا كان حدوث العيب بأقمة سماوية •

( أما ) إذا حصل ذلك من جهة المشتري أو البائع أو الأجنبي ، فقد ذكر المصنف رحمه الله الأقسام كلها في باب اختلاف المتبايعين

عند تقسيم تلف البيع الى الأقسام المذكورة • وهناك أستوعب الكلام على ذلك بعمون الله وتيسيره ان شاء الله تعالى ، وملخص ما هناك ما يتعلق بهذا المكان أنه متى حصل العيب بأفة سملوية أو من البائع أو من الأجنبي فله المشتري الخيار جزماً ولكن يختلف أثره على تفصيل مذكور هناك ، ومن جملة ما اذا كان القاطع ابن المشتري ثم مات المشتري وورثه الابن ذكره صاحب البحر هناك ، وهناك أذكره ان شاء الله • ومتى حصل العيب من جهة المشتري فلا خيار له على الصحيح ، تفريعا على أن اتلافه قبض وهو الصحيح المشهور •

(وأما ) من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري كما يقوله أبو ثور مطلقا ومالك في المبيع جزافا ، فقياسه أن العيب الحادث قبل القبض لا أثر له • ومذهب أبي حنيفة رحمه الله في تلف المبيع قبل القبض كمذهبنا •

**(واعلم )** أن هذا الحكم من كون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور الذي لا يكاد لا يعرف ، بل لا يعرف فيه خلاف بين الأصحاب ووراء ذلك أمران غريبان ( أحدهما ) أن الشافعي رحمه الله قال في الأم في الرهن الكبير في جناية العبد المرهون على الأجنبيين • ولو بيع العبد المرهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى كان للمشتري رده ، لأن هذا عيب حدث به وله رده بلا عيب ، ولو جنى ثم بيع فعلم المشتري قبل التفريق أو بعده بجنائه كان له رده ، لأن هذا عيب دلّسه ، ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع ، فاختار أمضاء البيع ثم جنى ، كان من المشتري ولم يرد البيع ، لأن هذا حادث في ملكه بعدم تمام البيع بكل حال له •

قال ابن الرفعة : وهذا ان لم يحمل على ما بعد القبض فهو يقتضى باطلاقه أنه لا فرق فيه بين ما بعد القبض وقبله ، والعلة ترشد اليه ، لأنه في الحالين ملكه عليه تام وان لم يستقر الا بالقبض • قال : وهذا ان صح يقتضى أن الجناية عمدا أو خطأ في يد البائع بعد تمام الملك لا يثبت بها للمشتري خيار ، وان أثبت علي نفسه ، ولكن الأصحاب لا يوافقون على ذلك •

( الأمر الثانى ) أن فى مختصر البويطى قال أبو يعقوب : وان اشترى رجل من رجل عبدا أو ثوبا ولم يقبضه فجنى عليه البائع أو غيره جناية حرق أو غيره أو ما دون النفس أو النفس ، فهو مخير فى العبد ان شاء أخذ الثوب وأخذ الجانى بجنايته ، وان شاء ترك : فان كان ذلك بأمر من السماء كان مخيرا أن يأخذه أو يدعه ، وليس له النقص اذا كان من السماء كما لو مات • وقد قيل : يأخذه ويسقط عنه ما نقصه بحصته من الثمن ، وان كان ذلك بهزال فى يديه أو ما أشبهه كان مخيرا وقد قيل : اذا كان البائع الذى جنى عليه فى النفس فالبيع منفسخ • انتهى •

وهذه الأقوال الثلاثة التى نقلها البويطى الأول والثالث معروفان فى المذهب والغريب الثانى ، وهو أنه يأخذه ويسقط عنه حصته من الثمن • وكلامه المذكور يقتضى أن ذلك فيما يمكن التقسيط عليه كاليد ونحوها لا كالهزال وشبهه ، ولكن هذا القول لم أعلم أحدا من الأصحاب ذكره على أنه ليس فى كلام البويطى نسبته الى الشافعى رحمه الله • ولا شىء من الكلام المذكور من حكاية كلام الشافعى رحمه الله ، وانما الأقوال الثلاثة من حكاية البويطى ، والمسألة كلها كما يدل عليه أول كلامه ونسبته الى أبى يعقوب ، فلعله حكاه عن بعض العلماء غير الشافعى رحمه الله تعالى •

( فرع ) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب متقدم رضى به المشتري كما لو اشترى من وجب عليه القطع عالما به فقطع قبل القبض ، أو بكرا مزوجة فأزال الزوج بكارتها قبل القبض ، فهل تكون كعيب حدث فيرد بها ، كما أنه اذا اشترى مرتدا فقتل قبل القبض ينفسخ العقد أو لا ، لأن رضاه لسببه رضا به والخيار لا يثبت مع الرضا بخلاف الانفساخ بالتلف ولم أر فى ذلك نقلا • والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد للرضا بسببه ، ولكن القاضى حسين رحمه الله أطلق أن زوال البكارة فى يد البائع يثبت الخيار • ومثل هذا الاطلاق لا يوجد منه نقل فى خصوص المزوجة ووطء الزوج بها •

( القسم الثانى ) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند

الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد ، وهذا اذا كان بعد القبض والمتفرق . أما لو قبضه في المجلس وحدث به عيب قبل التفرق والتخاير ، فالوجه في ذلك بناؤه على تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار . وفيه طرق .

( احداها ) وهي التي أوردتها الغزالي وارتضاها الامام ، واقتضى ايراد الراغبي ترجيحها .

أما ان قلنا الملك للبائع انفسخ ، والا فوجهان ( أصحابها ) عدم الانفساخ . واذا تم العقد لزم انثمن ، لأن القبض وجد الا أنه بقيت علقه فصار كما لو اشترى مكايلة فقبض جزافا ، أو غصب المبيع من يد البائع وتلف في يده ، قال هذا التعليل صاحب التتمة ( والثاني ) ينفسخ لأن العقد لم يستقر كما بعد الخيار وقبل القبض .

( والطريقة الثانية ) القطع بعدم الانفساخ وأنه اذا حصلت الاجازة يلزم المشتري الثمن ( وان قلنا ) الملك للبائع . وهذه منسوبة للشيخ أبي حامد .

( الطريقة الثالثة ) الا أنا اذا قلنا : الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشتري بالقيمة . وهذه حكاها الامام عن العراقيين وبعض أصحاب القفال ، وهو مقتضى كلام المصنف حيث ذكر المسألة في أول كتاب البيوع ، ولذلك نسبها العمراني اليه .

( الطريقة الرابعة ) طريقة الماوردي ان كان التلف في خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها ، وان كان في خيار الشرط ، فان كان لهما أو للبائع وحده فكذا ، وان كان للمشتري وحده ( فان قلنا ) يملك بانقضاء الخيار أو موقوف ضمنه بالقيمة ( وان قلنا ) يملكه بنفس العقد فعلى وجهين ( أحدهما ) وهو ظاهر نصه في البيوع أنه ضامن بالقيمة دون الثمن ( والثاني ) وقد أشار اليه في الصداق أنه ضامن له بالثمن المسمى .

( الطريقة الخامسة ) ما دل عليها كلام أبي الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولاً واحداً ، وان كان للمشتري

وحده . فان قلنا : الملك له فوجهان والا لم يفسخ وقال القاضى أبو الطيب : ان الذى نص عليه الشافعى رحمه الله فى كتبه أن البيع يفسخ ويجب على المشتري قيمته . قال القاضى أبو حامد وقال الشافعى فى كتاب الصداق : يلزمه الثمن . واختلف أصحابنا فمنهم من قال : يلزمه القيمة ، والذى قال من الثمن ليس بثابت ، قال أبو الطيب : ويحتمل أن يكون أراد بالثمن ، لأن الشافعى يعبر عن القيمة بالثمن فى مواضع كثيرة . ومنهم من قال ما تقدم ، وادعى ابن الرفعة أن أكثر نصوص الشافعى على الانفساخ ، وذكر نصوصا تدل على ذلك من الجزء الثامن والعاشر من باب الدعوى فى المبيع ، ومن باب دعوى الولد فيه .

وقد رأيت أنا فى الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل ، وقبضه فمات فى يد المشتري فهو ضامن لقيمه ، وان منعنا أن نضمنه ثمنه أن البيع لم يتم فيه . قال الشافعى : وسواء فى ذلك كان الخيار للبائع أو للمشتري لأن البيع لم يتم فيه حتى مات . وقد حكى عن نصه فى الصداق أن المبيع اذا تلف فى يده زمن الخيار يلزمه الثمن ، وبذلك قال المتولى ، وحصل قولان فى المسألة ، وهو فى ذلك تابع للقاضى حسين ، والنص المتقدم يدل على أن الانفساخ فى الأحوال الثلاثة اذا كان الخيار للمبتاع أو للبائع أو لهما ، فهذه خمس طرق ، والطريقة الأولى أفقه ، ولكن تصحيح عدم الانفساخ من الوجهين فيها فيه نظر والنصوص التى للشافعى ليس فيما وقفت عليه منها ما فيه تصريح بالانفساخ ولا بعدمه ، بل الأكثر الذى تمسك به ابن الرفعة ، والذى رأيت فى الأم فيه ايجاب القيمة ، والنص المعارض له فيه ايجاب الثمن ، فأكثر النصوص تدل لأحد أمرين اما القول بالانفساخ الذى هو أحد الوجهين من الطريقة الأولى ، كما ادعاه ابن الرفعة ، واما الطريقة التى نقلها الامام عن العراقيين ( وقلت ) ان مقتضى كلام المصنف فى أول البيع ، فالتمسك بذلك للانفساخ عيبا كما ادعى ابن الرفعة غير متعين . وترجيح عدم الانفساخ ولزوم الثمن موافق للنص المقتضى لوجوب الثمن ومخالف لأكثر النصوص . لكن اذا ثبت ما قاله القاضى أبو الطيب من اطلاق الشافعى رحمه الله الثمن على القيمة وما نقله من النصوص فى

كتبه يترجح القول بالانفساخ لاسيما مع ما أشعر به كلام القاضي  
أبي حامد أن ذكر الثمن ليس بثابت . إذا عرف بالعيب الحادث بعد  
القبض وقبل لزوم العقد يتعين بناؤه على هذا الخلاف .

فحيث نقول بالانفساخ اما على أن الملك للبائع ، أو مطلقا  
على أحد وجهي الطريقة الأولى؛ وظاهر أكثر النصوص . أو على  
طريقة الماوردي والقاضي أبي الطيب على ما فيها من التفصيل والبناء ،  
فحدوث العيب حينئذ كحدوثه قبل القبض ، وبذلك صرح الماوردي  
عند الكلام في وضع الجوائح . قال عن ابن أبي هريرة : أن المقبوض  
في خيار الثلاث يستحق رده بما حدث من العيوب في زمان الخيار ،  
وان كان القبض تاما وجب القول بعدم الانفساخ ، اما على الأصح  
عند الرافعي من وجهي الطريقة الأولى ، وعلى طريقة الشيخ أبي حامد  
أو على طريقة المصنف رحمه الله . أو في بعض الأحوال على طريقتي  
الماوردي والقاضي أبي الطيب على التفصيل المذكور . أو على مقتضى  
النص المحكي في ذلك ، فحينئذ لا يكون لحدوث العيب في ذلك الوقت  
أثر في اثبات الخيار .

ولا جرم — والله أعلم — أطلق المصنف رحمه الله أن حدوث العيب  
بعد القبض إذا لم يستند الى سبب قبل القبض لا يثبت الرد ، لأن  
اختياره أن القبض ناقل للضمان ، وان كان في زمن الخيار كما  
تقدم ، وهو مستمر على الأصح عند الرافعي . وقد تقدمت الإشارة  
الى ما في ذلك من النصوص .

( فرع ) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ، ولو كانت يد  
البائع كما لو قبض المبيع ، وأودعه اياه بعد القبض ، ونص عليه  
الشافعي رحمه الله والأصحاب . ولو أودع البائع المبيع عند المشتري  
وقلنا : لا يسقط حق الحبس بايداع فتل ، كما لو تلف في يد البائع  
على مقتضى ذلك . وعن القاضي أبي الطيب أنه صرح به في أواخر  
كتاب الشفعة ، وعبارة المصنف رحمه الله سالمة عن ذلك في الطرفين لاعتباره  
القبض ، وهو موجود في الأول مفقود في الثاني .

( فرع ) هذا الذي تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض

الذى لا يستند الى سبب قبله لا يرد به هو مذهبنا ومذهب جمهور العلماء . وقال مالك بذلك الا في الرقيق فانه قال : ما اصاب الرقيق في ثلاثة ايام بعد البيع من اباق أو عيب أو موت أو غير ذلك فمن ضمان البائع ، فاذا انقضت الثلاثة الايام برى البائع الا من انجنون والجذام والبرص . فان هذه الأدواء الثلاثة ان اصاب شئ منها المبيع قبل انقضاء سنة من حين البيع ، كان له الرد بذلك . قال : ولا يقضى بذلك الا في البلاد التي جرت عادة أهلها بالحكم بها فيها .

وأما البلاد التي لم تجر عادة أهلها بالحكم بذلك فيها ، فلا نحكم عليهم بذلك . قال : ومن باع بالبراءة بطل عنه حكم المهددة ، وكذلك يسقط حكم المهددة عنده فيما اذا باع السلطان لغريم أو من مال يتيم ، ولا عهدة فيه الا أن يكون علم عيبا فكتمه . وقال قتادة : ان رأى عيبا في ثلاث ليال رده بغير بينة ، وان رأى عيبا بعد ثلاث لم يستطع أن يردّه الا ببينة .

واحتج المالكيون بما رواه أبو داود من حديث الحسن البصري عن عقبة بن عامر الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث ليال » وفي رواية أخرى أربع ليال . رواه أحمد في مسنده ، وفي رواية أربعة أيام ، قال قتادة : وأهل المدينة يقولون ثلاثا .

قال سعيد : قلت لعبادة : كيف يكون هذا ؟ قال : اذا وجد المشتري عيبا بالسلعة فانه يردّها في تلك الأيام ولا يسئل البينة ، واذا مضت عليه أيام فليس له أن يردّها الا ببينة أنه اشتراها . وذلك انعيب بها . والا فيمين البائع أنه لم يبيعه ويرد .

وعن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عهدة الرقيق ثلاث » رواه ابن أبي شيبة ، وقال هؤلاء : انما قضى بعهدة الثلاث لأجل حمى الربع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام . عو عن عبد الله بن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم أنه سمع أبا ناس عثمان وهشام بن اسماعيل بن هشام يذكران في خطبتهما

عهدة الرقيق في الأيام الثلاثة ، من حين يشتري العبدان الوليدة وعهدة السنة ويأمران بذلك •

وعن عمر بن عبد العزيز أنه قضى في عبد اشترى فمات في الثلاثة الأيام ، فجعله عمر من الذي باعه ، وعن ابن شهاب قال : القضاة منذ أدركنا يقضون في الجنون والجذام والبرص سنة •

قال ابن شهاب : وسمعت ابن المسيب يقول : العهددة من كل داء عضال نحو الجذام والجنون والبرص ، وعن يحيى بن سعيد الأنصاري رضى الله عنه قال : لم تزل الولاة بالمدينة في الزمان الأول يقضون في الرقيق بعهدة السنة من الجنون والجذام والبرص ، ان ظهر بالمملوك شيء من ذلك قبل أن يحصل عليه الحول فهو رد عليه ، ويقضون في عهدة الرقيق بثلاث ليال •

وقد أجاب أصحابنا وغيرهم عن الحديثين بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا سمع من سمرة الا حديث العقبة عند أكثر الحفاظ ، فروايتة في هذا منقطعة لا يحتج بها • قال علي بن المديني : لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئا وكذلك قال أبو حاتم ، وقال البيهقي في روايته عن سمرة في ذلك : انه غير محفوظ •

( قلت ) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة ، فليس فيها الا النظر في سماع الحسن من سمرة ، وأيضا ففيه عنقة قتادة عن الحسن وهو مدلس ، وفي حديث عقبة مع الانقطاع والاضطراب ، ومن جملة ما أعل به أنه ورد عن الحسن على الشك بين عقبة وسمرة ، وهما وان كانا صحابييين فهو اضطراب ، وقد سأل الأثرم أبا عبد الله أحمد ابن حنبل عن العهددة فقال : ليس في العهددة حديث نتثته ، وقال الحاكم في حديث عقبة : انه صحيح الاسناد غير أنه على الارسال ، لأن الحسن لم يسمع من عقبة ، والرواية عن عمر بن عبد العزيز في قضائه بذلك ضعيفة ، وكذلك الرواية المذكورة عن يحيى بن سعيد الأنصاري وبقيّة ما ذكره مع كونه ليس بحجة معارض بقول عطاء :

أنه لم يكن فيما مضى عهدة في الأرض لا من هيام ولا من جذام ولا شيء . وبما (١) روى من طريق الشافعي رضي الله عنه عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة وعهدة الثلاث فقال : ما علمت فيها أمرا سالفاً . وعن ابن طاووس أنه كان لا يرى العهدة شيئاً لا ثلاثاً ولا أقل ولا أكثر .

وما أشاروا إليه من أن ظهور ذلك في هذه المدة يدل على تقدمه ممنوع . فقد يحدث الابق وشبهه ، ولو سلم لهم ذلك فيكون من القسم الذي سنذكره . وهو ما يوجد بعد القبض ، ويكون سببه متقدماً ، لكن ذلك غير مسلم لهم . على أن ابن الصباغ قال في الجواب عن ذلك أن الداء الكامن لا اعتبار به وإنما النقض بما يظهر لا ما كمن وفيما قاله بعد . لأن الكامن إذا دل عليه دليل بعد ذلك وعلم به صار كالظاهر .

وذكروا أيضاً أن عمر بن الخطاب وابن الزبير رضي الله عنهما سئلا عن العهدة فقالا : لا نجد أمثلاً من حديث حبان بن منقذ « كان يخدع في البيوع فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثاً إن شاء أخذ وإن شاء رد » .

وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه « أجل الجارية بها الجذام سنة » . فأما ما ذكره عن عمر وابن الزبير فلا حجة لهم فيه . لأن في حديث حبان « إن شاء أخذ وإن شاء رد » . ولم يقيّد ذلك بعيب ولا في الرقيق دون غيره .

قال الشافعي رضي الله عنه : والخبر في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « جعل لحبان بن منقذ عهدة بثلاث » خاص . وما ذكره عن علي لا ينافيه ، وقد صح عن ابن عمر : ما أدركت الصفة حياً مجموعاً فمن المتابع . ولا نعلم له مخالفاً من الصحابة واستثنت

(١) معطوف على بأن الحسن لم يسمع من عقبة شيئاً ( المطيعي ) .

المالكية أيضا الثمار لقولهم فيها بوضع الجوائح وسنذكر مذهبنا ومذهبهم في ذلك عند ذكر المصنف رحمه الله له في آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

( القسم الثالث ) العيب الحادث بعد القبض اذا أسند الى ما قبل القبض كما مثل به المصنف رحمه الله فيمن قطعت يده حدا أو قصاصا بعد القبض بسرقة أو قطع سابق عليه ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون بعد العقد كما فرضه المصنف أو قبله ، فان بيع من وجب قطعه بقصاص أو سرقة صحيح بلا خلاف ، فاذا قطع في يد المشتري بذلك السبب السابق على العقد أو على القبض — فان كان المشتري جاهلا بالحال ، ولم يعلم بالسرقة أو القطع حتى قطع وهى صورة مسألة الكتاب — ففيه وجهان كما ذكره المصنف .

( أحدهما ) وهو قول أبى اسحاق ، وهو الأصح ، وهو قول ابن الحداد ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وبه قال أبو حنيفة فيما حكاه الماوردى ، وقال القاضى أبو الطيب : انه على قول الشافعى رضى الله عنه واطلاق نصه الذى نقله ابن بشرى يدل عليه : أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ، كما لو قطع قبل القبض فانه لو قطع قبل القبض والحالة هذه ثبت له الرد قطعا ، وهذا القائل يجعله من ضمان البائع بالنسبة الى ذلك ، ولو تعذر الرد بسبب فالنظر فى الأرض الى التفاوت بين العبد سلیمان وأقطع ، قاله القاضى حسين والرافعى وغيرهما .

( والثانى ) وهو قول ابن أبى هريرة وابن سريج فيما حكاه الآخرون والقاضى أبو الطيب ونقله ابن بشرى عن نقله عن نصه فى الاملاء ، ومال الماوردى اليه ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأرض ، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن ، وحمل النص الأول على ما قبل القبض . هذا اذا كان جاهلا ، فلو كان عالما بالسبب فليس له الرد ولا الأرض قطعا لدخوله فى العقد على بصيرة ان كان موجودا عند العقد ، أو لاطلاعه عليه وامساكه ان كان حدث قبل القبض .

قال الشيخ أبو علي : ولا يجيء ههنا الوجه المحكى عن أبي اسحاق في القتل ، يعنى سابقا ، وأنه يرجع بالثمن على رأى أبي اسحاق كما سنذكره ان شاء الله ، والأمر كما قال الشيخ أبو علي كما سنبينه ان شاء الله تعالى ، فينبغى أن يقيّد كلام المصنف بذلك ، وأن مراده اذا كان المشتري جاهلا ، وممن صرح به القاضي أبو الطيب والبغوى والرافعى ، وفي كلام ابن الصباغ ما يقتضى أن فيه خلافاً ، لأنه قال : ان علم بذلك فقطع في يده لم يرجع بشيء على المذهب ، وكأنه رأى أن وجه أبي اسحاق يأتي ههنا وهو بعيد ، وسنبين ذلك ان شاء الله تعالى في أواخر الباب .

( فرع ) عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع في يد المشتري يرجع بنصف الثمن ووافق في المسائل الثلاث التى ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع ، لأنه من ضمان البائع ، ومن نظائر ذلك لو اشترى جارية مزوجة ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض ، فان كانت ثيبا فله الرد وان كانت بكرا فنقص الافتضاظ من ضمان البائع أو المشتري ففيه الوجهان — فان جعلناه من ضمان البائع — فللمشتري الرد بكونها مزوجة ، فان تعذر الرد بسبب رجوع بالأرثس ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة ، ومزوجة مفترعة من الثمن .

وان جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له ، وله الأرثس ، وهو ما بين قيمتها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة من الثمن ، هكذا في التهذيب والرافعى ، والروضة التى بخط المصنف . وفي بعض نسخها سقط من قوله : غير مزوجة الى غير مزوجة فصار هكذا : غير مزوجة وبكرا غير مزوجة من الثمن ، وذلك غلط في الحكم ، وترك للتفريع من جعله من ضمان المشتري ، والفرق بينهما ، فان على ضمان البائع الافراع مضمون عليه ، فلذلك يقدر من ضمان المشتري ليس المضمون على البائع الا سلامتها على التزويج ، وقد تقدم مثل ذلك في تعذر الرد في مسألة القطع ، وأنه يقدر على قول ضمان البائع سليما وأقطع ، لأن القطع مضمون عليه على الأصح وعلى القول الآخر ، بقدر مستحق القطع وغير مستحقه لأن المضمون عليه سلامته عن استحقاق القطع .

وقد وافق ابن الرفعة ما في الروضة السقيمة<sup>(١)</sup> من الغلط في الحكم ، وجعل الأرض على قول ضمان البائع ما بين قيمتها بكرا مزوجة وبكرا غير مزوجة . وان كان عالما بزواجها أو علم ورضى فلا رد له . فان وجد بها عيبا قديما بعد ما افتضت في يده فله الرد ان جعلناه من ضمان البائع ، قاله القاضي حسين والبعوى والرافعى وخالفهم المتولى فقال : لا رد وهو الراجح لما سأنبه عليه ، وان جعلناه من ضمان المشتري رجع بالأرض ، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيبا سليمة ، ومثلها معيبة ، هكذا قال البعوى والرافعى ، ولك أن تقول ينبغى أن يكون ما بين قيمتها مزوجة بكرا سليمة ، ومثلها معيبة ، فان القيمة المعتبرة قيمة يوم العقد على قول ، ويوم القبض على قول وأقل القيمتين على المذهب ، وعلى كل قول تقدر هنا بكرا ، لأنها بكر عند العقد وعند القبض . وانما حدثت الثيوبة بعد ذلك .

فان قال : ان ذلك لا يختلف لأن نسبة البكر السليمة من المعيبة كنسبة الثيب السليمة من المعيبة وهو صحيح ، لكن ذلك يقتضى أن لا يعتد في كلامه بالثيب بل ينبغى أن يقول وهو ما بين قيمتها مزوجة سليمة ومثلها معيبة ، وهكذا عبارة القاضي حسين ، فقول الرافعى ثيبا حشو لا فائدة فيه ان كان كذلك لا يختلف أو زيادة مفسدة ان اختلف ، والله أعلم .

وان تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : انه من ضمان البائع فالنظر في الأرض يتجه أن يكون على ما ذكرناه الآن لا يختلف ، ولا يمكن أن يقال ما بين قيمتها بكرا مزوجة سليمة وثيبا مزوجة معيبة لأن النقص الحاصل بالثيوبة رضى به ، وصرح القاضي حسين بالمسألة ، فقال : ان قلنا : من ضمان البائع يرجع بما بين كونها بكرا غير مزوجة وبكرا مزوجة نقيضه .

وان قلنا : من ضمان المشتري فيرجع بما بين كونها بكرا مزوجة وغير مزوجة وفي قوله بكرا مزوجة نقيضه نظر ، وذكر البعوى

---

(١) النسخة التي نبه الشيخ السبكي على عيبها فيما سبق ( المطبعي ) .

رحمه الله في التهذيب نظير المسألة وهو ما اذا اشترى سارقا عالما بسرقة فقطع في يده ووجد به عيبا قديما . قال : له الرد ان جعلناه من ضمان البائع : والا فيرجع بالأرث وهو ما بين قيمته سارقا غير مقطوع معيبا وغيب معيب . فقلوه : غير مقطوع نظيره هنا أن تقول بكرا وهو خلاف ما وقع في عبارته وعبارة الرافعي هنا .

ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأئمة القاضي والبنغوي والرافعي رحمهم الله يقتضي أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية . بل يسقط الرد به وبما هو من سببه ويصير الواقع بسببه بعد القبض كالواقع قبل القبض في عدم المبيع من الرد ، وهذا انما يتجه على قول أبي اسحاق القائل بأن القتل بعد القبض بالردة السابقة يبطل العقد ويوجب الرجوع الى الثمن ان صح جريان هذا الوجه في مسألة القطع وشبهها ، وقد أنكره الشيخ أبو على كما تقدم . أما على المذهب الصحيح أنه اذا قتل بعد القبض وكان عالما برده لا يرجع بشيء ، وكذلك في القطع وزوال البكارة جزما كما تقدم ، فينبغي أن يكون القطع وزوال البكارة بعد القبض كعيب جديد مانع من الرد بعيب آخر .

( فان قلت ) جعله من ضمان البائع على الصحيح يوجب مساواته لما وجد قبل القبض ، ولكن لا يرد به لرضاه بسببه ، فلا يمنع الرد كما لو كان عيبا قديما رضى به ، فإنه لا يمنع الرد وان كان لا يرد به .

( قلت ) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض عند الجهل ، أما عند العلم فلا ، فاذا رضى بالعيب أبطل أثره . وكل ما وجد بعد ذلك وان كان من أثره فليس منسوبا الى البائع بل هو حادث في يد المشتري نائىء مما رضى به ، وليس حالته على المشتري لرضاه بسببه ، فينبغي أن يكون مانعا من الرد بالعيب القديم قاله المتولى ويرجع بالأرث .

( فان قلت ) لعل كلام القاضي والرافعي والبنغوي محمول على أنهم فرعوا ذلك على قول أبي اسحاق .

( قلت ) لا . لأمرين ( أحدهما ) أنهم لم يذكروا قول أبي اسحاق

في هذه الصور مع العلم ، بل كلامهم وكلام غيرهم يقتضى القطع بعدم جريانه هنا •

( والثانى ) أنهم قالوا : اذا قلنا من ضمان البائع وقدموا أن الصحيح أن ذلك من ضمان البائع فينبغى أن يتأمل هذا البحث • والجواب عنه ان أمكن لينتفع به فيما اذا باع جارية حاملا ونقصت بالولادة • وعلم بها عيبا ، وسيأتى ذلك ان شاء الله تعالى •

( فروع ) زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب ، سواء كانت الجارية مما يظن بكارتها في العادة لصغر سنها أم لا ، لأنها لما دخلت في العقد صارت مستحقة ، وان كانت مزوجة بدليل أنها تسلم له بعد الطلاق ، وقضية ذلك أنه اذا اشترى عبدا كاتباً أو متصفا بصفة تزيد في ثمنه ثم زالت تلك الصفة بنسيان أو غيره في يد البائع ثبت للمشتري الخيار ، وان لم يكن فواتها عيبا قبل وجودها • قال ابن الرفعة : وهذا لا شك فيه •

( فروع ) اذا اشترى جارية حاملا ورضى بحملها ثم وضعت في يده ونقصت بسبب الوضع ثم اطلع على عيب آخر بها ، فقياس ما تقدم في الجارية المزوجة أن لا يكون نقصانها بالولادة مانعا من الرد على ما قال ابن الرفعة ، ويؤيده أن الرافعى حكى فيما اذا أصدق زوجته حاملا ، فحملت في يده ووضعت في يدها ثم طلقها ، فالنقص الحاصل منسوب اليه أو اليها ؟ فيه وجهان • في كلام الماوردى والرافعى ما يقتضى أنه مانع من الرد • وسنذكر المسألة عند ذكر المصنف لها ان شاء الله تعالى • وقد أشرت فيما تقدم الى ذلك •

وقد ذكر طائفة من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والغزالى والرافعى رحمهم الله مع هذه المسائل أو بعضها مسائل تشاركها في حصول عيب قبل العقد أو القبض ، ويوجد أثره بعد القبض كالقتل بردة أو محاربة أو بجناية عمد سابقة أو الموت بمرض سابق •

والمصنف رحمه الله أفرد لهذه المسائل فصلا في أواخر هذا

الباب وهو أولى : لأن كلامه هنا في العيب الحادث بعد القبض اذا كان سببه متقدما ، والحادث في هذه المسائل بعد القبض تلف يثبت الانقراض عند من يقول انه لا عيب موجب للرد : فلنؤخر الكلام في شرح هذه المسائل الى الفصل الذي عقده المصنف لها ، فللمشاركة المذكورة ولأن التلف في ذلك منزل منزلة العيب حتى يرجع عند الجهل بالأرثس لتعذر الرد بالتلف : ولذلك أدخله المصنف رحمه الله في فصول الرد بالعيب كما سيأتى ان شاء الله تعالى ، ولفعل الأولين مرجح سأذكره قريبا ان شاء الله تعالى •

واعلم أن صورة مسألة الكتاب هنا فيما اذا لم يترتب على القطع تلف • أما لو اتفق ذلك فالحكم كما سيأتى في هذه المسائل في آخر الباب ان شاء الله تعالى •

( تنبيه ) جزم المصنف بالتسوية بين قطع اليد بالسرقة وبالقصاص ، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب والرافعى • وقال الماوردى : ان في القصاص لا يرد اتفاقا لأن القود لا يتحتم ويصح العفو عنه والقطع في السرقة لا يصح العفو عنه •

( تنبيه آخر ) نظر الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالقولين فبما اذا علق في حال الصحة بصفة • ثم وجدت الصفة في مرض الموت ، هل يعتبر من رأس المال أو من الثلث ؟ •

( تنبيه آخر ) كثير من الأصحاب منهم القاضى أبو الطيب والقاضى حسين والرافعى ذكروا مسألة القطع مبنية على مسألة القتل بالجناية وأخواتها ، ولذلك قدموا الكلام فيها وقدموا مسألة القطع عليها بخلاف ما فعل المصنف ، فانه آخر مسألة الجناية وحكى الخلاف في كل منهما من غير بناء وترجح فعل الأولين بأن مسألة القطع غير منصوصة للشافعى فيما يظهر من كلامهم • ومسألة الجناية منصوص على أصلها ، وأبو الطيب يقول : ان قول أبى اسحاق فيها هو مذهب الشافعى ، وظاهر ذلك أنه منصوص عليه ، وسيقع الكلام في ذلك عند ذكر المصنف له ان شاء الله تعالى •

وممن وافقهم على البناء المذكور الروياني في البحر ، وقال فيه :  
ان بعض أصحابنا بخراسان قال : اذا قلنا بالأول لا يرد بل يرجع  
بما بين قيمته سارقا مقطوعا وقيمه غير مقطوع بالسرقه من الثمن ،  
قال : وهذا ضعيف ( قلت ) ومراده بالأول قول أبي اسحاق . وعبر  
الروياني عنه بأنه قول الشافعي ، لكن هذا الذي نقله عن بعض  
الخراسانيين لا يكاد يفهم .

( فرع ) اذا رضى بالقطع واطلع على عيب آخر فله الرد  
ان جعلنا القطع من ضمان البائع والا فلا . قاله القاضي حسين .

( فرع ) اذا كان عليه حد بالسياط فاستوفى بعد القبض ،  
فان مات فالحكم كما سيأتي في أواخر الباب ، وان سلم فالحكم  
كما مر في السابق ، فاستحقاق الحد بالسياط كاستحقاق القطع بالسرقه  
والقصاص . قاله صاحب التتمة .

( فرع ) عبد عليل به أثر السفر ، فقال سيده لرجل : اشتر  
منى هذا العبد فان مرضه من تعب السفر ويزول عن قريب ، فاشتره  
فازداد مرضه ولم يزل ، قال القاضي حسين في الفتاوى : ليس له  
الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع .

( فرع ) اذا وجدت ازالة البكارة من الزوج أو قطع اليد قبل  
القبض ، وكان قد رضى بالزوجة والجنابة . فقد تقدم أنى لم أر نقلا  
في جواز الرد بذلك ، والأقرب القطع بأنه لا يوجب الرد ، فلو وجد  
مع ذلك عيب لم يرض به ، هل يكون زوال البكارة وقطع اليد مانعا  
من الرد بالعيب الآخر ، لرضاء بالسبب أم لا ؟ الذي يظهر أن يقال  
( ان ) جعلنا وجود ذلك بعد القبض غير مانع مع العلم كما قاله  
الرافعي بناء على أنه من ضمان البائع فهنا أولى ( وان ) جعلناه  
مانعا ، وأنه يرجع بالأرث فهنا احتمالان مأخذهما أن المنع بعدم  
انقبض لأجل وقوعه في يد المشتري أو لأجل العلم ؟ ( ان قلنا )  
بالأول لم يمتنع هنا لوقوعه في يد البائع ( وان قلنا ) بالثاني امتنع لوجود  
العلم . ولم أر في ذلك نقلا ( والأظهر ) أن المنع بعدم القبض لأجل  
حدوثه في يد المشتري مع العلم بسببه ، وهذا المنوع منتف قبل  
القبض فلا يمنع الرد وان علم بالسبب ، لأن هذا عيب زائد على

ما علمه ولهذا أقول : انه لا يمتنع عليه الرد هنا ؛ وان كنت استشكلت عدم امتناع الرد بعد القبض كما تقدم ؛ والله أعلم •

( فرع ) عن أبى حنيفة أنه اذا قطع في يد المشتري رجع بنصف الثمن ووافق في مسائل التلف التي ستأتى ان شاء الله تعالى أنه يرجع بالجميع لأنه من ضمان المشتري •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا لم يخل اما أن يكون المبيع باقيا على جهته أو زاد أو نقص ، فان كان باقيا على جهته وأراد الرد لم يؤخره ، فان أخره من غير عذر سقط الخيار ، لأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور كخيار الشفعة ) •

( الشرح ) للمبيع المعيب خمسة أحوال : أن يكون باقيا على جهته ، أو زائدا أو ناقصا . أو زائدا من وجه وناقصا من وجه أو تالفا ، ذكر المصنف الثلاثة الأولى وعقد لكل منها فصلا . وذكر الخامسة في فصل بعد ذلك ولم يذكره في القسم هنا ، لأنه لا يقال وجد العيب بالمبيع بعد تلفه . وهو يقسم فيما اذا وجد بالمبيع عيبا ، ولو أريد ( وجد ) العلمية التي تتعدى الى مفعولين صح إطلاقها بعد التلف ، لكن ظاهر كلامه أنها من وجدان الضالة • وذلك يستدعى موجودا •

وأما الزائد من وجه والناقص من وجه فالما أن يكون المراد أن الأمر لا يخلو عن ذلك . فالقسمة حينئذ حاضرة . واما أن يكون تركه لأن حكمه يعلم من القسمين : وقلماً يقع التعرض له ، وعطفه بأو على ( أما ) غير متضح من جهة العربية • وكثيرا ما يقع ذلك في كلام المصنفين • وكذلك قوله : أو زاد • وكان الأولى أن يقول : زائدا عطفا على ما هنا (١) •

---

(١) كذا بالنسخة المطبوعة وتحريرها « عطفا على باقيا » وفات السارح أن يقول : أو ناقصا أيضا ونقص في عطفها على زاد متوجهة ( المضي ) •

( أما الأحكام ) فإذا كان المبيع الذى ظهر به العيب باقيا بحاله ، فقد تقدم أنه يخير بين امساكه ورده ، فان أراد رده فخير الرد على الفور عندنا وعند جمهور العلماء ، وكنت أحسب أن ذلك مجمع عليه حتى رأيت ابن المنذر نقل عن أبى ثور أنه لا يكون الرضا الا بالكلام ، أو يأتى من الفعل ما يكون فى المعقول فى اللغة أنه رضا ، فله أن يرد حتى تنتضى أيامه ويستمتع لأنه ملكه ، وكذلك نقل ابن حزم فإنه قال : لا يسقط الرد الا باحدى خمسة أشياء مطبقة بالرضا ، أو خروجه كله أو بعضه عن ملكه ، أو ايلاد الأمة ، أو موته ، أو ذهاب عين الشيء أو بعضه ، قال : وهو قول أبى ثور وغيره . انتهى .

ومن يعمد أقوال أبى ثور وجوها يلزمه أن يجعل هذا وجها من المذهب ، وهو فى غاية الغرابة . ونقله ابن المنذر عن جماعة من العلماء المتقدمين فتاوى متحملة لثلاث يكون الرد على الفور ومحتملة لخالفه ، فلذلك لم أذكرها ، ولعلى أذكرها بعد هذا فى تفصيل الأشياء المبطله للخيار ان شاء الله .

وقد استدلل الأصحاب بكون الرد على الفور بدليلين ( أحدهما ) أن الأصل فى البيع اللزوم ، وذلك متفق عليه ، ومن الدليل فيه قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث : « المتبايعان بالخيار وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وذلك يقتضى لزوم العقد من الجانبين ، وأنه لا خيار بعد التفرق ، ثم انا أثبتنا الخيار بالعيب بالدليل الدال عليه من الاجماع وغيره ، والقدر المحقق من الاجماع ثبوته على الفور ، والزائد على ذلك لم يدل عليه اجماع ولا نص ، فيجوز فيه على مقتضى اللزوم جمعا بين الدليلين ، وتقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن ، ولأن الضرر الذى شرع الرد لأجله يندفع بالبدار ، وهو ممكن ، فالتأخير تقصير فيجوز عليه حكم اللزوم الذى هو الأصل .

( الدليل الثانى ) ما ذكره المصنف رحمه الله من أن القياس على خيار الشفعة وفيه احترازا . قال ابن معن : احتراز بقوله :

ثبت بالشرع من خيار الشرط في البيع • وبقوله : لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمانة إذا عتقت تحت عبد ( إذا قلنا ) ليس الخيار على الفور ، ومن خيار المرأة بالمطالبة بالعنة أو الطلاق في الإيلاء • ومن الخيار بين القصاص والدية • وقد أجاد في ذلك وزاد غيره خيار العنة أيضا كخيار الأمانة • قال بعض الفضلاء : وهو منقوض بخيار المجلس فإنه ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال • وليس على الفور ، وهذا النقض مندفع بأن خيار المجلس ثبت رفقا بهما كما قاله المصنف رحمه الله في أول البيع ، وذلك على وجه التروى والنظر في المصلحة ، لا لدفع الضرر المحقق ، فإنه قد لا يكون ثم ضرر أصلا ، ولا يستند إلى ظهور وصف في المبيع •

وبعد أن كتبت هذا رأيت هذا المعنى بعينه لأبي محمد عبد الله ابن يحيى الصعبي في كلامه على المذهب الذي سماه « غاية المفيد ونهاية المستفيد » وجعل قوله لدفع الضرر احترازا من خيار المجلس ، فإنه ثبت للارتياح والنظر ، وقد يرد على المصنف في ذلك خيار التصرية على قول أبي حامد والمروالروذي كما تقدم ، فإنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، ومع ذلك يمتد إلى ثلاثة أيام عند أبي حامد ، وقد يجاب عن هذا بأن أبا حامد يجعل ثبوته ثلاثا بالحديث ، ولا يجعله لكونه عيبا بدليل أنه يثبت مع العلم ، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال • وقد يورد على المصنف أيضا الخيار الذي أثبته النبي صلى الله عليه وسلم لحبان بن منقذ • فإن ذلك خيار ثابت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، وهو يمتد ثلاثة أيام ، ويجاب عنه بأن ذلك مختص بحبان بن منقذ كما أشار إليه الشافعي رضي الله عنه فيما تقدم • ويجاب عن كل من هذا وخيار المصراة على قول أبي حامد بأنهما خارجان من مقتضى القياس المذكور بالنص على خلاف القياس ، فيبقى فيما سواهما على مقتضاه •

وقد يورد على المصنف أنه قاس في باب الشفعة سقوط الخيار بتأخير الطلب من غير عذر على الرد بالعيب • وههنا قاس الرد بالعيب على الشفعة : وأجابوا عن هذا بأن قياس الرد بالعيب على الشفعة ورود الخبر فيها ، وقياس الشفعة على الرد بالعيب لأن الشفعة

تردد قول الشافعي فيها بخلاف الرد بالعيب ، فان أكثر العلماء اتفقوا على أنه على الفور ، وعدوا ذلك من محاسن المذهب . وإذا تأملت كلام المصنف في باب الشفعة حكمت بعدم صحة السؤال لأنه لما قال : انها على الفور على الجديد ، استدلل له بالحديث ثم قال : فعلى هذا ان آخر الطلب من غير عذر سقط ، لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وهذا الكلام يقتضي المغايرة بين الحكمين ، وأن سقوط الخيار بالتأخير هو المقيس على الرد بالعيب ، وهو غير كونه على الفور الثابت بالحديث وهما في الرد بالعيب ، المقصود اثبات كونه على الفور بالقياس على الشفعة ، فالمقيس هناك على الرد بالعيب غير المقيس هنا على الشفعة ، فلا سؤال ولا اشكال ولا حاجة الى الجواب المذكور . ولكن لك أن تقول : ان كان السقوط بالتأخير من غير عذر ظاهر للزوم لكون الخيار على الفور ، ولا حاجة في الشفعة الى قياسه على الرد بالعيب ، وان لم يكن كذلك فلا يكفي الرد بالعيب لثبوته ، ان ثبت أنه على الفور ، بالقياس على الشفعة ، كما هو مدلول كلام المصنف هنا . فيحتاج الى الجواب المذكور .

وقد خطر لى في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير بعد تقرير كونه على الفور منشأ على الرد بالعيب مسألة غريبة نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنجي ، أن الشافعي رضى الله عنه نص في اختلاف العراقيين على القول الصحيح أن الشفعة على الفور للشفيع خيار المجلس لأنه قال : ولو عفا عن الشفعة ثم تركها ، ثم بدا له فأراد المطالبة بها ، كان له ما دام في المجلس .

قال الهروي : ووجهه أن العفو تقرير ملك المشتري لجهة المعارضة ، فيعقب بخيار المجلس كالشراء وعكسه الإبراء عن الدين فانه اسقاط محض ، ولم يتضمن تقرير ملك في غيره .

( قلت : ) فلعل المصنف رحمه الله اطلع على هذا النص القائل بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ما دام في المجلس على قول الفور ،

ولا شك أن التأخير أولى بعدم البطلان ، فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالمعيب ، وهذا ينبغي السؤال عنه ، على أنى نظرت باب الشفعة من اختلاف العراقيين نظر العجل (١) ، فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشكل ، ورأيت في كتاب أحمد بن بشرى (٢) الذى جمع فيه من نصوص الشافعى ما يوافقه ، فانه قال : وتسليم الشفعة أن يقول سلمت شفعتى أو تركتها أو ما أشبهه ، ثم يفارق الشهود الذين قال بين أيديهم : قد سلمت شفعتى ، فان لم يفارقهم حتى يقول : أنا على شفعتى ، فذلك نه ، وهذا هو ذاك النص بعينه وأيضا فقد اختلف الأصحاب فى خيار المجلس فى الشفعة ، وفسره بعضهم بأنه يخير بين الأخذ والترك فى المجلس ( وان قلنا ) بالفور فما قاله المصنف يدفعه .

( فرع ) اذا ادعى البائع أن المشتري أخر الرد بعد العلم ، وأنكر المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه ، قاله الرويانى عن جامع القاضى أبى حامد .

( فرع ) أطلق المصنف رحمه الله أن التأخير من غير عذر يسقط الخيار ، والمراد بذلك أن يبادر على العادة . قال أصحابنا : فلا يؤمر بالعدو والركض ليرد ولو كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار الى أن يفرغ وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس ، وكذا لو لبس ثوبا وأغلق بابا . قال الماوردى والرافعى : ولو وقف عليه ليلا فله التأخير الى أن يصبح ، وقال الهروى فى الاشراف : الى ضوء النهار ، وهما راجعان الى معنى واحد ، هكذا أطلق الماوردى والرافعى جازما بذلك اعتبارا بالمعرف .

وقال صاحب المتتمة : اذا اطلع بالليل ولم يتمكن من حضور مجلس الحكم ، ولا من استحضار الشهود ليفسخ بحضرتهم ولا من اخبار

(١) العجل : بفتح العين وكسر الجيم .

(٢) لم أجد ذكر لأحمد بن بشرى الذى كثر وروده فى كلام السبكي فى طبقات ولده فظننت أنه أحمد بن بشر المعروف بابى حامد المروالروذى ولكن صرفنى عنه نقله كثيرا عن أبى حامد بهذه الكنية والنسبة والله تعالى أعلم بالمراد ( المطيعى ) .

البائع بذلك . فعامة أصحابنا قالوا : لابد أن يقول في الوقت فسخت ، والا سقط حقه ، وكان القفال يقول : لا يبطل ، بل يؤخر حتى يحضر البائع أو الشهود أو يحضر مجلس الحكم . وانظروا أن صاحب التتمة يطرد هذا الخلاف في تأخر الفسخ بالعذر مطلقا ، ويشمل ذلك الصور المتقدمة من الأكل وقضاء الحاجة ونحوه ، ويكون ذكر هذه الأعذار المتقدمة انما تستمر على رأى القفال ويحتمل أن يكون ذلك مختصا بالليل ، لما فيه من التأخير كما يقوله في الغيبة والمرض أنها الأعذار المتقدمة فلا يعد في العرف تأخيرا ، وهذا الاحتمال الثانى أوفق لكلام الرافعى واشترط صاحب التتمة عدم التمكن في الليل يقتضى أنه متى تمكن فيه كان كالنهار ، وكذلك قال ابن الرفعة : لا فرق بين الليل والنهار اذا تمكن من المسير فيه من غير كلفة : أما اذا كان فيه كلفة فله التأخير الى الصباح ، وهذا وان كان المعنى والفقه يقتضيه فلم أر التصريح به لغيره .

قال البغوى وابن أبى عسرون : انه في الليل لا يلزمه تعجيل الفسخ ، ولا الاشهاد على نفسه بالرد في أصح الوجهين . وهذا الوجه الذى أشار اليه يسلكه مسلك الغيبة ، وسيأتى الكلام فيها ان شاء الله ، ولو لقى البائع فرد عليه قبل سلامه صح ، ولو رد عليه بعد سلامه صح أيضا ، خلافا لمحمد بن الحسن ، قاله الماوردى والرافعى وغيرهما ، وفي بعض الشروح للتنبيه حكاية وجهين في كون السلام عذرا هو بعيد ، وان كان الامام قال في الشفعة : ان من عده في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام ، ولو علم به وهو ممنوع بعته أو مرض كان على حقه الى أن يزول المنع . قاله الماوردى .

وسيأتى كلام كثير في حالة الغيبة ، لو لم يتم الغرض الا باستيفائه فهذه كلها أعذار احتترز عنها المصنف رحمه الله بقوله : من غير عذر . وقال الأئمة : ان الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا يكون محله كتاب الشفعة ، وأحالوا الكلام هنا عليه ، وقد حكوا هناك وجهها أنه يلزمه اذا اطلع على الشفعة قطع ما هو عليه من طعام ، والخروج من الحمام والنافلة ونحو ذاك ، تحقيقا للبدار ، قال ابن الرفعة : ومثله لا يبعد جريانه ههنا لأنهما في قرن ، وعد ابن الرفعة من

الأعذار اباقي العبد قبل القبض . فان المشتري اذا اطلع عليه وأخر لا يسقط حقه ، بل لو صرح باسقاطه لم يسقط على الصحيح .

( قلت ) والحكم كما ذكر : ولكن ذلك لأن السبب متجدد في كل وقت ، فلا يحصل حقيقة التأخير فلا يحسن عده في جملة الأعذار .

( فرع ) وأما الذي لا يكون عذرا فكثير ( منها ) لو بادر حين العلم بالعيب فلقى البائع فأخذ في محادثته ، ثم أراد الرد فلا رد له ، قتاله الماوردي والرافعي وغيرهما ولو أخر الرد مع العلم بالعيب ثم قال : أخرت لأنني لم أعلم أن لي حق الرد — فان كان قريب العهد بالاسلام ، أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام — قبل قوله ، ومكن<sup>(١)</sup> والا فلا ، وعن الفروع حكاية قولين كالأمة اذا ادعت الجهالة بالحكم . ولو قال : لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل<sup>(١)</sup> قوله ، لأنه مما يخفى على العوام هكذا قال الرافعي .

وقال النووي : انما يقبل قوله ، ولم أعلم أن الرد على الفور ، وقول الشفيع : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، اذا كان ممن يخفى عليه مثله ، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب الشفعة .

( قلت ) وفي الاطلاقين نظر ، ويتعين أن يقال : يقبل قوله اذا كان ممن يخفى عليه أو مجهول الحال ، أما من علم أنه لا يخفى عليه فلا يقبل قوله ، وعلى هذا يحمل اطلاقهم ، وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرض أيضا .

( فرع ) لو اطلع على عيب قبل القبض ، تلزمه المبادرة على الفور أيضا ، على ما يظهر من كلامهم ، ولا يقال : ان له التأخير الى القبض لأن كل ما كان قبل القبض من ضمان البائع ، ودوام العيب عيب .

( فرع ) فيه تحقيق الكلام في الفور وكيفية الرد وحال الغيبة والمرض ؟ قال القاضي حسين عن عامة الأصحاب : ان عليه الفسخ على الفور . وعن الشيخ وهو القفال ان له التأخير الى حضور مجلس

(١) مكن ، وقبل : بضم اوله وكسر ثانيه بالبناء للمجهول .

الحكم : هكذا رأيته في تعليقه . وأراد أبو سعيد الهروي في النقل عن القاضي حسين أنه رد على القفال ، وقال : سبيله أن يفسخ الواقع منه لتيسر الأثبات له ، ويقرب منه ما تقدم عن صاحب التتمة ونقل عن عامة الأصحاب في الليل أنه لابد من تلفظه بالفسخ . وعن القفال انه يؤخر الى وجود البائع أو الشهود أو مجلس الحكم .

قال الامام : ان تمكن من الفسخ بين يدى قاض فلا عذر في التأخير ، وان لم يحضر خصمه ولم يتمكن من الاتسهاد فليبتدر الرفع الى القاضي بحيث لا يعد تقصيرا في العرف ، ولا يلزمه النطق بالفسخ قبل الحضور . فان رفع الى الحاكم مع حضور الخصم بطل حقه على المذهب . وان لم يجد الغريم فامكنه أن يتلفظ بالرد ويشهد فلم يفعل ، ورفع الى القاضي فوجهان .

وقال الغزالي في البسيط : ان نهض الى البائع كما اطلع لم يكن مقصرا ، وان لم يكن حاضرا ورفع الى القاضي فليس مقصرا ، وان فسخ في بيته واتسهد فليس مقصرا ، وان رفع الى القاضي مع حضور الغريم بطل حقه على المذهب . وان لم يكن الغريم حاضرا وامكن الاتسهاد ، فلم يشهد ورفع الى القاضي فوجهان ، وهو موافق لكلام الامام ، وجزمه أولا بأنه اذا رفع الى القاضي ليس مقصرا محمول على ما اذا لم يمكن الاتسهاد ، جمعا بين أول كلامه وكلام الامام أنه يرد على الغريم ، فان لم يحضر فالاشهاد ، أو يكتفى بالحاكم وجهان ، فعلى أحد الوجهين الغريم ثم الاتسهاد ثم الحاكم ، وعلى الوجه الآخر الغريم ثم الاتسهاد أو الحاكم في رتبة واحدة ، وهذا اذا لم يكن حاضرا في مجلس الحكم ، فان كان حاضرا بين يدى القاضي فلا يعذر في التأخير ، كما قدمه الامام .

وقال في الوسيط : ان كان العاقد حاضرا فليرد عليه في الحال ، وان كان غائبا فليشهد على الرد اثنين ، فان عجز فليحضر مجلس القاضي فان رفع الى القاضي والخصم حاضر فمقصر ، وان كان الشهود حضورا فرفع الى القاضي فوجهان ، اذ في الرجوع الى القاضي مزيد تأكيد ، فافتضى هذا الترتيب الغريم ثم الاتسهاد ثم الحاكم ، وقيل الغريم ثم الاتسهاد أو الحاكم في رتبة واحدة .

وقال في الوجيز : ترد عليه في الوقت ان كان حاضرا ، وان كان غائبا أشهد شاهدين حاضرين ، فان لم يكن حاضرا عند القاضي فوافق ما في الوسيط ، قال الرافعي : وفي الترتيب المذكور اشكال يعنى الذى فى الوسيط والوجيز . قال : لأن الحضور فى هذا الموضع اما أن يعنى به الاجتماع فى المجلس ، أو الكون فى البلد فان كان الأول فاذا لم يكن البائع عنده ولا وجد الشهود ، ولم يسع الى القاضي ولا سعى الى البائع والملائق لمن يمتنع من المبادرة الى القاضي اذا وجد البائع أن يمنع منها اذا أمكنه الوصول اليه وان كان الثانى فأى حاجة الى أن يقول شاهدين حاضرين ؟ •

ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن اشهاد ، ثم على التفسيرين فكون حضور مجلس الحكم مشروطا بالعجز عن الاشهاد بعيدا ، اما على الأول فلأن حضور مجلس الحكم قد يخون أسهل عليه من احضار من يشهده أو الحضور عنده ، واما على الثانى فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج الى الاشهاد ، بل يتعين عليه ذلك ان أراد الفسخ ، فظهر أن الترتيب الذى يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعى • انتهى كلام الرافعي • ووافقه النووى على هذا الاشكال وقال : ان الترتيب الذى ذكره الغزالى مشكل خلاف المذهب وقال الرافعي : ان الذى فهمه من كلام الأصحاب ان البائع ان كان فى البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله ، كذا لو كان وكيله حاضرا ولا حاجة الى المرافقة ، فلو تركه ورفع الأمر الى مجلس الحكم فهو زيادة تأكيد وحاصل هذا تخييره بين الأمرين •

وان كان غائبا عن البلد دفع الأمر الى مجلس الحكم ، والى أن ينتهى الى الخصم أو القاضى فى الحالين لو تمكن من الاشهاد على الفسخ هل يلزمه ؟ وجهان • قطع صاحب التتمة وغيره بال لزوم ، ويجرى مجرى الخلاف فيما اذا أخر بعذر من مرض أو غيره ، ولو عجز فى الحال عن الاشهاد فهل عليه التلفظ بالفسخ ؟ وجهان • ( أصحابهما ) عند الامام وصاحب التهذيب لا حاجة اليه ، انتهى ما ذكره الرافعي وهو مخالف لما قاله الامام والغزالى فى كون الرفع الى القاضى مع حضور الخصم مبطلا ، كما يقوله الامام ، وعند الرافعي هو مخير بينهما ومخالف له أيضا فى الاكتفاء بالاشهاد عن الحضور الى الحاكم

كما يقتضيه كلام الغزالي في البسيط والوجيز ، وصدر كلام الامام في النهاية .

وعلى ما قاله الرافعي لا يكتفى بذلك جزما ، ولا يجوز التشاغل به عن الحاكم وزائد على كلام الامام والغزالي بلزوم الاثهاد عند الامكان الى ان ينتهي الى الخصم أو القاضي في الحالين على ما قطع به صاحب التتمة وغيره . وان كان آخر كلام الامام والغزالي في البسيط يمكن حمله على الوجهين في ذلك الذي حكاها الرافعي ، لكنه ان صح حمله على ذلك قاصر على الحاكم دون الخصم ، فهذه الأمور الثلاثة في كلام الرافعي رحمه الله ، وفي كلام الامام زيادة ببيان انه ان تمكن من الفسخ بين يدي قاض فلا عذر في التأخير ، ومقتضى ذلك انه مقدم على الجميع ، وهو كذلك بلا نزاع ، فقول الرافعي انه يخير بين الأمرين ان أراد في غير مجلس الاطلاع وهو الظاهر فبقيت عليه هذه الحالة لم يذكرها ، وان أراد مطلقا اقتضى انه من الحاكم ، ويذهب الى البائع أو يترك البائع في المجلس ويذهب الى الحاكم . وسنذكر عن ابن الرفعه ما فيه . وما ذكره الرافعي من أن الأصح عند الامام وصاحب التهذيب أنه لا حاجة الى التلطف بالفسخ عند العجز مخالف لما تقدم عن القاضي حسين ونقله عن عامه الأصحاب وموافق لما نقله عن القفال ، وفيما ذكره الرافعي من التخيير بحيث لا بد من معرفته سأفرد له فرعا في آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

وقال ابن الرفعة في الكفاية ، على سبيل الايراد على الغزالي : ان الامام ذكر في الشفعة أن الشفيع لو ابتدر مجلس الحكم فهو فوق مطالبة المشتري ، وحكما معا وجهين فيما اذا تمكن من الاثهاد وتركه ، ودفع الى القاضي ، وهذا يدل على أن المضي الى القاضي أقوى من لقاء الخصم ، وأن الاثهاد أقوى من المضي الى القاضي هكذا كلامه في الكفاية . وقال في المطلب : ان مراد الغزالي هنا في الوسيط والوجيز بالحضور الحضور في البلد ، وكذلك مراده في البسيط هنا ويظهر على ذلك أن الرفع الى القاضي مع حضور الخصم في البلد ليس بتقصير ، بل هو فوقه لاحتمال المنازعة .

وأما الرفع الى القاضي مع حضور الشهود مجلس الاطلاع ، ففيه الوجهان ، ثم قال ابن الرفعة : انه على قولنا لا يجب الفسخ بحضرة

الشهود ، فهل يجب عليه أن يشهد أنه طالب للرد ؟ يشبه أن يكون فيه وجهان كالشفعة • ومن ذلك ان صح ينتظم ثلاثة أوجه ، ثالثها الاشهاد يعتبر عند تيسره على طلب الرد ، لا على نفس الرد •

( قلت : ) والصحيح كما تقدم عن الرافعى أنه يلزمه الاشهاد على نفس الرد ، وأما الاشهاد على أنه طالب الرد ولا يكفى فانه مهنا يمكنه انشاء الرد بحضرة الشهود وفي الشفعة لا يمكنه الأخذ الا بآمر هي مقصودة اذ ذاك ، فليس المقدور في حقه الا الاشهاد على الطلب ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بأن الامام والغزالي في البسيط قالوا في الشفعة : ان الشفيع اذا ترك مطالبة المشتري مع الحضور ، وابتدر الحاكم فهو فوق مطالبه المشتري • وهذا المعنى يجوز أن يقال في حالة حضور المشتري في البلد ، وحضوره مجلس الاطلاع على الشفعة ، ويجوز أن يقال مثله في الحاليين في الرد بالعيب ، اجاب بأنه يحمل ما ذكره في الشفعة على حالة غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع عليها ، لأن في حالة الحضور لا خلف على الشريك في قوله : أنا طالب بالشفعة أو تملك بها ، أو وجد بدل المال ، فان نازعه المشتري اذ ذاك رفعه الى الحاكم ، وفي حال غيبة المشتري عن مجلس الاطلاع لابد من المضي اما له أو للحاكم ، فكان مخيرا بينهما [ أيهما ] أحوط ، وهكذا لا تباين بين الكلامين •

قال : وهذا قلته بناء على ما صار اليه معظم الأصحاب من أنه اذا أمن الرد على<sup>(١)</sup> لا يعذر بطلب الحاكم • أما اذا قلنا بما صار اليه القفال فيما حكى القاضي عنه فلا فرق بين الحاليين في جواز تأخير الطلب الى وقت الحضور بين يدى القاضي كما [ أن ] ذلك مقتضى اطلاق القاضي في تعليقه عنه ولا جرم ، قال الامام مشيرا الى هذا الوجه : لو كان المردود عليه حاضرا فابتدر القاضي فظاهر المذهب أنه يبطل حقه ، لكن حكاية الهروي عن القفال لا تدخل حالة قصوره مع البائع ، بل حال غيبته وتمكنه فيها من الاشهاد ، واذا كان كذلك ظهر صحة ما قال الغزالي من الجزم بأنه يقتصر ، يعنى اذا رفع الى القاضي والخصم حاضر • أى في مجلس الاطلاع •

(١) بياض بالأصل ولعل السقط ( طالب الشفعة فانه ... ) ( المطيعي )

(قلت) ما حكى الهروي عن الشيخ أبي حامد أن الرفع الى القاضي والطلب منه أن يحضر المشتري حتى يأخذ منه بالشفعة تطويل يبطل الحق . قال ابن الرفعة : وقد ينحل ما ذكرناه على ما يختاره من فهم كلام الوسيط اتباعا لما في الوجيز أن تأخير الرد بحضرة القاضي قد جمعهما مجلس الاطلاع تقصير جزما . وكذا تأخيره اذا اجتمع هو والمالك في مجلس الاطلاع وفيه ما سلف عن الامام ، وقد عرفت اندفاعه ، وعند عدم حضور البائع مجلس الاطلاع لكنه حاضر في البلد ، هل يجعل بترك الاشهاد قبل الانتهاء اليه مقصرا ؟ وجهان جاريان فيما اذا كان غائبا عن البلد وترك الاشهاد قبل الانتهاء الى القاضي ، المفهوم منهما في الوجيز أنه غير مقصر ، ولو لم يقدر على الاشهاد في حال حضور البائع في البلد أو غيبته عنها فلا تقصير الا باهمال طلب البائع أو القاضي .

وهل يكون طلب القاضي تقصيرا في حال حضور البائع في البلد وتيسر طلبه قبل طلب القاضي ؟ فيه الوجهان عن القفال وغيره ومع ذلك لا يتوجه على الغزالي ما ذكرته في الكفاية وذكره الراعي فيما يظنه فليتأمل .

(قلت : ) وملخص ذلك أنه ان حضر البائع مجلس الاطلاع رد جزما ، وان حضر المشتري مجلس الاطلاع فكذلك ، لا على ما يفهمه كلام القاضي حسين من النقل عن القفال ، وأن لم يحضر أحد منهما مجلس الاطلاع وحضر في البلد فعلى ما قاله الراعي ، واقتضى كلام الامام في الشفعة أنه يكون مخيرا بين البائع والحاكم . وقال ابن الرفعة : انه في هذه الصورة الوجهان عن القفال وغيره ، يعنى فيكون التخيير على رأى القفال خاصة . وعامة الأصحاب على خلافه ، وليس بصحيح لأنه قد وافق عند تأويل كلام الامام والغزالي في الشفعة أن الرفع الى الحاكم أخوط . فهذه مناقشة في كلام ابن الرفعة . وأيضا مناقشة ثانية ، هي أن كلام الغزالي في الوسيط جعل الحضور الى القاضي عند العجز عن الشهود ، وذلك يوهم الاكتفاء بالشهود ، ولم يقل به أحد من الأصحاب فيما علمته عند القدرة على القاضي أو البائع . ومناقشة ثالثة وهي أن ما ذكره لا يدفع اعتراض الراعي في قوله : لم يسع الى القاضي ولا يسعى الى البائع كما يقتضيه كلام الغزالي .

( وقوله ) ان حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل من احضار الشهود ، فيكون الحضور الى القاضى مشروطا بالعجز عن الشهود [ وهو ] كما يقتضيه كلام الغزالي بعيد ، وما ادعاه ابن الرفعة من ارادة حضور مجلس الحكم صحيح ولكن لا يدفع سؤال الشافعى رحمه الله ، فقد ظهر أن اشكال كلام الغزالي باق بحاله ، فان اتضح بعض مراده وتلخيص الحكم على الصحيح الذى تحصل من كلام الراعى وغيره ، وفى كل من الحالتين يجب الاشهاد اذا تيسر قبل الانتهاء الى البائع أو الحاكم على الأصح ، ولا يجب التلطف بالفسخ قبله على الأصح ، وتلخيصه بأيسر من هذا على الصحيح .

وسأفرد للكلام فى ذلك فرعا ، ولك أن تعبر بعبارة مختصرة فتقول : تجب المبادرة الى البائع أو الحاكم ، فان مر فى طريقه الى أحدهما بالآخر ولقى شهودا وجب اشهادهم قبل ذلك فى الأصح ، واذا أردت تمييز المراتب فاعلم أن المرتبة الأولى أن يحضر مع الحاكم فى مجلس الاطلاع فيبادر ولا يؤخر قطعا ، على ما قاله ابن الرفعة وأقتضاه كلام الامام .

( الثانية ) أن يحضر البائع مجلس الاطلاع فكذلك لا على ما يقتضيه نقل القاضى حسين عن القفال أنه له التأخير الى حضور مجلس الحكم حذرا من انكار البائع .

( الثالثة ) حضور الشهود مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير لامكان الاثبات بهم ، ولم أر تصريحاً بنقلها الا ما تقدم من اطلاق أنه يجب الاشهاد قبل الانتهاء الى الحاكم والبائع ان أمكن على الأصح ، ومقتضى ذلك أن يأتى ذلك الوجه هنا أيضا ، وقد قدمت ما فيه ، ففى هذه الصور الثلاث متى أخر عن مجلس الاطلاع بطل حقه اما جزما أو على الأصح . وظاهر هذا الاطلاق يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون الحاكم أبعد من البائع أو أقرب . وقد يقال ينبغى أنه اذا كان يمر فى مضيئه الى أحدهما بالآخر يعذر ، كما لو كان معه فى مجلس الاطلاع فلا يعذر فى التأخير عنه الى أن ينتهى الى الآخر . وقد قدمت ذلك أيضا . وسنعيد الكلام فيه (١) .

( الخامسة ) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما ، اما الحاكم أو البائع فلا شك في تعيينه •

( السادسة ) اذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد •

( السابعة ) اذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الصحيح • وقال الغزالي في الشفعة : ان المذهب أنه لا يجب •

( الثامنة ) اذا كان الشهود في البلد ولا تيسر بهم الاجتماع قبل البائع أو الحاكم فلا يجب المضي اليهم جزما •

( التاسعة ) اذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم فيجب الاشهاد على الأصح ولا يكفي جزما •

( العاشرة ) اذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يتلفظ بالفسخ ؟ يأتي فيه الوجهان المذكوران في كلام الراغب في حالة العجز عن الاشهاد ، الأصح عدم الوجوب •

( فرع ) اذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم على ما تقدم فكيف يدعى ؟ قال القاضي حسين في فتاويه : يدعى شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم وأنه أقبضه الثمن ثم ظهر العيب ، وأنه فسخ البيع ويقيم البيعة على ذلك في وجه مسخر ينصبه القاضي ويحلفه القاضي مع البيعة ، لأنه قضاء على الغائب ، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يد عدل ، والثمن يبقى ديناً على الغائب فيقتضيه القاضي من ماله ، فان لم يجد له سوى المبيع باعه لقضاء دينه ، هكذا قاله القاضي ونقله الراغب عنه •

وقوله في الدعوى : انه فسخ البيع ، انما ذكره القاضي تفريعا على رأيه في أنه لا يؤخر الفسخ حتى يحضر الى الحاكم ، بل يفسخ عند الشهود أو وحده ، وأما على الأصح أنه لا يجب عليه التلفظ بالفسخ اذا لم يوجد الشهود وحضر عند الحاكم على ذلك فانه ينشئ الفسخ عنده ، وتكون الدعوى التي يقيم البيعة عليها بالشراء وقبض الثمن وظهور العيب فقط • وقوله : ينصب مسخرا • تفريع على رأيه أيضا في الاحتياج اليه في الدعوى • والأصح عند غيره أنه لا يلزم القاضي

نصب المسخر وتحليفه بعد البيينة على الأصح من المذهب في الدعوى على الغائب • وقيل : يستحب •

وقوله : « يقضيه القاضى من ماله » يشمل النقد وغيره • وهو فى النقد ظاهر وأما غير النقد فيحتمل أن يقال انه مثل البيع • فيتخير القاضى فى بيع ما شاء منهما ، ويحتمل أن يقال انه يتعين بيع المبيع لأنه أقرب الى مقصود البائع • فان عجز باع من غيره ليكمله • قال ابن الرفعة : وهو الذى يظهر • وليس كما قال لأنه ليس للبائع غرض فى أخذ الثمن من المبيع دون غيره ، بل هو وغيره سواء ، فينبغى أن يحمل كلام القاضى على ذلك ولا يحمل على ماله سوى المبيع ، لأنه لا يتعين فى ذلك ، والله تعالى أعلم •

( فرع ) فأما اذا رفع الى القاضى فى حال حضور الخصم فى البلد على ما تقدم أنه مخير أو كان عند الحاكم فى مجلس الاطلاع على العيب ، وقد تقدم أن المعتبر حينئذ المبادرة الى الحاكم جزما ، فالظاهر أنه لا فائدة فى ذلك الا اعلام الحاكم بالفسخ ، وطلب غريمه ليدعى عليه وحينئذ غالاكتفاء بذلك عند الاثهاد مستمر على الصحيح أن القاضى يقضى بعلمه ، أما اذا منعنا من القضاء بالعلم فلا يفيد خبر الحاكم بذلك وحده ، قبل مجئ الغريم ، واذا جاء الغريم لا يمكنه أن يقول : انه الآن كما اطلع على العيب ليقدّم اعترافه عند الحاكم ، ولا يقبل قوله فى قوله : الفسخ فى ذاك الوقت ، ولا يمكن الحاكم أن يحكم له به تفريعا على منع الحكم بالعلم فيقف وهذا يحسن أن يكون مأخذا لتقديم الاثهاد وأنه لا يرفع الى الحاكم عند العجز على الاثهاد على ما اقتضاه كلام الوسيط • لكن ذاك يقتضى تقديمه على النهوض الى البائع أيضا ، وقد عرف بما ذكرته من علم الحاكم بتقديم علمه بالعيب ، وعدم انتفاعه بعلمه بالفسخ ، والله أعلم •

( فرع ) الخصم الذى يرد عليه على وجه التعيين أو التخير بينه وبين الحاكم من هو ؟ كلام المصنف ساكت عن ذلك ، واطلاق كلام الغزالي والرافعى أنه البائع ، وذلك يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون عقد لنفسه أو لغيره •

قال ابن الرفعة : وفى الثانية نظر ( اذا قلنا ) لا عهدة تتعلق بالوكيل ، وعلى كل حال فله الرد على الموكل ( قلت ) والكلام فى العهدة

معروف في موضعه ، فلذلك حسن الاطلاق ههنا محالا على البيان ، ثم وقد صرح الراغمي في آخر هذا الباب بأن له الرد على الوكيل وعلى الوصى ، يعنى اذا باشر الوصى أو الوكيل العقد وقد مر ذلك فيما اذا أوصى اليه ببيع عبده وشراء جارية بثمنه واعتاقها ففعل ، ثم وجد المشتري عيبا بالعبد ، قام الوصى ببيع العبد المردود ، ويدفع الثمن الى المشتري .

قال : ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) وبه قال أبو حنيفة رحمه الله كالوصى ليتم البيع على وجه لا يرد عليه ( وأصحهما ) لا ، لأنه امتثل المأمور ، وهذا ملك جديد فيحتاج الى اذن جديد ويخالف الايصاء فانه تولية وتفويض ، ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري ( فان قلنا ) ملك البائع لم يزل ، فله بيعه ثانيا ( وان قلنا ) زال وعاد ، فهو كالرد بالعبد ، ثم اذا باعه الوصى ثانيا ، فان باعه بأقل من الثمن الأول فالتقصان على الوصى ، أو في ذمة الموصى ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) الأول ، وبه قال ابن الحداد .

وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غرم جميع الثمن ، ولو باعه بأكثر من الثمن الأول لزيادة قيمة أو راغب دفع قدر الثمن للمشتري والباقي للوارث ، وان لم يكن كذلك فقد بان بطلان البيع الأول للعين ويقع عتق الجارية عن الوصى ان اشتراها في الذمة ، وان اشتراها بغير ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الاعتاق وعليه شراء جارية أخرى واعتاقها بهذا الثمن على الموصى ، هكذا أطلقه الأصحاب ولا بد فيه من تقييد لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علمه بالحال ، حكاية ينزل بها ، ولا يتمكن من شراء جارية أخرى ، هكذا قال الراغمي . قال النووي : الصورة مفروضة فيمن لم يعلم .

( وأما ) قول ابن الرفعة : على كل حال له الرد على الموكل ، يوهم أن ذلك بلا خلاف ، وليس كذلك بل الخلاف في العهدة فيهما جميعا ، فالصحيح مطالبتهما جميعا ، الوكيل والموكل ، وقيل : الوكيل دون الموكل ، وقيل : الموكل دون الوكيل والكلام هنا في المردود عليه ، فظهر أنه كذلك ، وقد ذكره في التحالف وذكروا خلافا فيه وفي ولى المحجور عليه اذا باشر العقد ، فأما الوكيل فلا شك في اتجاه رد الاتلاف هنا كما قلنا من العهدة .

(وأما) ولى المحجور غفيه الجزم بالرد عليه ، والآن فكيف الخلاص من رفع الجزم بالرد عليه الى الظلامة ، وكذلك القاضى ونائبه فى مال اليتيم .

وأما الوارث فإنه يرد عليه وقد جزم أصحابنا بجريان التحالف معه . وأما الرد بالعيب هنا فقد ذكر الراعى ما تقدم . وقد ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب البحر المسألة أيضا . وأنه يرد على الوكيل أى جوازا . وهى من المسائل التى غرعا ابن سريج على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن . والأصل فيها أن السلعة متى عادت الى الوكيل بغير اختياره غله ردها على الموكل ، ومتى عادت اليه باختياره فلا ، فإن ردت عليه بعيب — فإن كان بعيب لا يحدث مثله — فالوكيل يرده على الموكل ، وإن لم يمكن تقدمه على القبض فقبله الوكيل لم يكن له رده على الموكل ، وإن احتمل فإن أقام المشتري بينة فالقول قول الوكيل ، فإن حلف سقط الرد والا ردت على المشتري ، فإن حلف ورد على الوكيل لم يرد على الموكل كما لو صدقه ، وقال القاضى الطبرى : إن قلنا : رد الثمن بمنزلة البينة له رده على الموكل ، قال الرويانى : وفيه نظر عندى لأنها لا تتعدى الى ثالث

(فرع) الاشهاد الواجب أطلقه الراعى وغيره . وقال الغزالى : يشهد اثنين . قال ابن الرفعة : وذلك على سبيل الاحتياط لأن الواحد مع اليمين كاف ، والأمر كما قال .

(فرع) تقدم أنه إذا كان الخصم غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم والغيبة المذكورة لا شك أنه يكفى فيها مسافة القصر ، وهل تكفى مسافة العدوى ؟ قال ابن الرفعة : يشبه أن يكون فيها الخلاف فى الاستعداد وقبول شهادة الفرع ، وكتاب القاضى الى القاضى ، والدعاء لأداء الشهادة ، قال : وقد يقال : غيبته عن البلد وإن قلت المسافة كالغيبة البعيدة ، كما ذكر وجه فى بعض الصور السالفة ، لأن فى تكليف الخروج عنها مشقة لا تليق بما نحن فيه ، قال : وهذا ما يفهم كلام الراعى الجزم به .

(قلت : ) والجزم بذلك هو الظاهر ، وإذا كان كلام الراعى لا يقتضيه الا باطلاق الغيبة . فإن جزم الأصحاب فيما تقدم بأن عند حضور الحاكم مجلس الاطلاع تجب المبادرة اليه ببعد معه أن يكون

الحاكم حاضرا في البلد ، فيجوز تركه والمضى الى البائع في دون مسافة  
القصر أو مسافة العدوى ، فينبغي أن يعتبر مطلق الغيبة الا أن يكون  
موضع البائع خارج البلد ، أو أقرب من موضع الحاكم في البلد ،  
ففيه نظر .

( فرع ) تقدم من كلام الراغبي أنه مخير بين البائع والحاكم ،  
وهذا باطلاقة يقتضى أنه يجد أحدهما ويعدل عنه الى الآخر ، لاسيما  
قول الراغبي : انه ان ترك البائع ورفع الى الحاكم فهو زيادة تأكيد ،  
فانه دل على هذا المعنى لكن هذا يرده تصريحهم : متى كان الحاكم في  
مجلس الاطلاع لا يجوز التأخر للبائع وبالعكس ، فباعتبار حمل هذه  
العبارة على ما سوى هذه الصورة ، وأنه انما يجوز له الذهاب الى  
الآخر اذا لم يتفق له لقاء الآخر قبله ، ثم بعد ذلك قد يكون موضع  
الحاكم والبائع متساويين في القرب والبعد ، فظهر التخيير ، وقد  
يكون أحدهما أقرب من غير أن يمر به بأن يكونا في جهتين ، فهل  
نوجب المضى الى الأقرب منهما أو يكون التخيير مستمرا ؟ اطلاق  
كلامهم يدل على الثانى وهذا الفرع هو الذى وعدت به . ولأجل  
ما فيه قلت فيما تقدم : انه اذا مر في طريقه بأحدهما لا يعذر في  
مجاوزته الى الآخر .

( فرع ) وروى محمد بن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن  
ابن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا ، فأرسل الى زوجها فقال له :  
طلقها فأبى ففعل له مائتين فأبى ، ففعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل  
الى مولاهما أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتمكم ، تمسك بعض الناس  
بهذا الأثر ، والمدعى أنه لا مخالف له من الصحابة وهو محتمل لأن يكون  
عبد الرحمن لا يرى الخيار على الفور ، أو أنه لا يبطئ بمثل هذا  
التأخير ، وليس في الأثر أنه رد جبرا ، فيحتمل أن مالكا رضى بردها ،  
وان سقط بالتأخير فيكون اقالة ، وكل منهما مخالف للمذهب .

( فرع ) محل الذى تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان ،  
أما الموصوف المقبوض اذا وجد معيبا ( فان قلنا ) انه يملكه بالرضا  
فلا شك أن الرد ليس على الفور ( وان قلنا ) يملك بالقبض فيجوز  
أن يقال على الفور والأوجه المنع ، لأنه ليس معقودا عليه ، قاله  
الامام ونقله الراغبي عنه في باب الكتابة ، والله أعلم .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان كان المبيع دابة فساقها ليردها فركبها في الطريق ، أو علفها أو سقاها لم يسقط حقه من الرد ، لأنه لم يرض بالعيب ، ولم يوجد منه أكثر من الركوب والعلف والسقى ، وذلك حق له إلى أن يرد فلم يمنع الرد ) •

( الشرح ) الانتفاع بالمبيع قبل العلم بالعيب أن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره فلا شك في بطلان الرد لما تقدم في اشتراط المبادرة فينبغي أن يستحضر أن جميع ما ذكره هنا المراد منه أن يكون مع المبادرة في مدة طلب الخصم والقاضي ، وحينئذ أقول : هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في الركوب والعلف والسقى نقل الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد أن ابن سريج فرعه في جملة مسائل في الرد بالعيب على الجامع الصغير لمحمد ابن الحسن وذكره هكذا كما ذكره المصنف رحمه الله حكما وتعليلا ، وقال : أن الذي يمنع من الرد أحد أمرين : حدوث نقص بالمبيع ، أو ترك الرد مع القدرة عليه ، ولم أر هذه المسألة في تعليق أبي الطيب ، وذلك مما قد يرجح أن المذهب من تعليق أبي حامد •

وممن وافق المصنف على هذا الحكم ابن الصباغ في الشامل ، والجرجاني في الشافعي ، واختاره الروياني في الحلية. وقال ابن الصباغ : قال أصحابنا : كذلك إذا حلبها في طريقه لأن اللبن له ، فإذا استوفاه في حال الرد جاز كمنافعها ، وهذا تصريح بجواز استيفاء المنافع في حال الرد بالنقل عن الأصحاب ، وممن وافق على نقل ذلك من الأصحاب الروياني في البحر ، ونقل عن والده أنه قال على قياس هذا : لو كانت ثيبا فوطئها وهو حامل لها ينبغي أن لا يبطل حق الرد ، ومراده بأنه حامل لها حتى لا يحصل بالوطء تأخير ، فلو فرض ذلك في وقت لا يمكن المسير فيه كالليل ، فالظاهر أنه يضطر وذلك فيه ولذلك أطلق الرافعي الحكاية عنه أنه يجوز وطء الثيب ، وصرح الجرجاني مع موافقته المصنف بأنه لا يجوز وطء الجارية ، ولا لبس الثوب ، وهذا هو الصحيح لأن ذلك يدل على الرضا •

وأفهم كلام صاحب الشامل أن المبتل للرد الاستغال بما يدل على

الرضا ، وهذا الذى قاله المحسن وابن الصباغ والرويانى . وما اقتضاه كلامهم من جواز كل الانفعاعات نقل الراغى عن الرويانى خاصة . وذهب هو وكثير من الأصحاب الذين وقفت على كلامهم الى خلافه ، وما أنا أذكر ما ذكره ( شاقول ) الذى قاله ابن القاص فى التلخيص والمفتاح والماوردى والفورانى والقاضى حسين والمتولى والامام والغزالى والبغوى وأبو الحسن بن خيران فى اللطيف والخوارزمى فى الكافى والراغى والنووى أنه يشترط فى الرد بالعيب المبادره اليه أن لا يستعمل المبيع بعد علمه بعيبه . فان استعمله وكان رقيقاً واستخدمه : أو دارا فسكنها بطل حقه من الرد والارشع معا ، لأن الاستعمال ينأى فى الرد .

واختلفوا فيما اذا كان يسيرا جرت العادة بمثله فى غير ملكه ، كقوله : اسقنى أو ناولنى التوب أو أغلق الباب . ففى هذا وما جرى مجراه وجه جزم به الماوردى والرويانى فى البحر أنه لا أثر له ، ونقله الراغى عن غير الماوردى أيضا ، والذى قاله القاضى حسين والامام وقاله الراغى : ان الأشهر أنه لا فرق ، وتابعه النووى فى الروضة وقال : انه الأصح الأشهر .

ونقل عن القفال فى شرح التلخيص أنه لو جاءه العبد بكوز ماء فأخذ الكوز منه لم يضر . لأن وضع الكوز فى يده كوضعه على الأرض ، فان شرب ورد الكوز اليه فهو استعمال ، أما اذا كانت دابة فركبها فان ركبها لا للرد بطل حقه وان ركبها للرد أو السقى — فان كانت جموحا يهسر سوقها وقودها — فهو معذور فى الركوب ، وان لم تكن جموحا ، ولكنه ركبها فى الطريق وهى مسألة الكتاب ففیه وجهان ( أصحهما ) على ما ذكره الراغى والنووى البطلان ، لأنه انتفاع لم تجر العادة به فى غير ملكه الا باذن المالك .

( والثانى ) وهو ما قطع به فى الكتاب ، ونسبه الماوردى الى ابن سريج ، وصححه ابن أبى عسرون ، واختاره الرويانى فى الحلية : لا يسقط حقه ، ويستدل له الماوردى وغيره بأن الركوب عجل له فى الرد وأصلح للدابة من القسود . قال ولكن : لو كان ثوبا فلبسه ليرده لم يجز ، وكان هذا اللبس مانعا من الرد ، لأن العادة لم تجر به . ولأن لا مصلحة للثوب فى لبسه : وجعل الراغى هذه المسألة دليلا على الأصح عنده فى مسألة الركوب ، ولكن ما ذكره الماوردى من

أعتبر العادة والمصلحة فارق ، ولو كان لابسا للثوب غاطل على عيبه في الطريق فتوجه ليرده لم ينزع فهو معذور ، لأن نزع الثوب في الطريق لا يعتاد ، قاله الماوردي ونقله الراغب عنه •

ولو ركب الدابة للانتفاع غاطل على عيبها لم يجز استدامة الركوب ، وإن توجه للرد على ما هو الأصح عند الراغب ، ولو كان حمل عليها سرجا أو اكافا ثم اطلع على العيب فتركها عليها بطل حقه ، لأنه استعمال وانتفاع • قاله الراغب تبعا لصاحب التلخيص • قال الراغب : ولولا ذلك لاحتاج الى حمل أو تحميل ، أى فتركها يوفر عليه كلفة الحمل والتحمل فهي انتفاع فيمنع منه •

قال ابن الرفعة : ويشبه أن يكون هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر بالدابة ، فإذا حصل أو خيف منه كما إذا كانت عرقت وخيف من نزع أن تهوى فلا يكون نزع في هذه الحالة تقصيرا ، إذ هو يعيبها فيكون مانعا من الرد •

( قلت : ) وهو كذلك ، بل يجف بنفسه في هذه الحالة كالنمل الى أن يجف العرق ويكون نزع من مصلحتها • قال الراغب : ويعذر بترك العذار واللجام لأنهما خفيفان لا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعا ، ولأن القعود يعسر دونهما ، وهذا المعنى يقتضى جواز تعليقهما ابتداء في مدة طلب الخصم وهو كذلك ولو أنعلها في الطريق قال أبو حامد : إن كانت تمشى بلا نعل بطل حقه والا فلا ، ولو كان أنعلها ثم اطلع على عيب فنزعه بطل خياره • قاله صاحب التلخيص تخريجا وعله البغوى • لأن نزع يعيب الدابة بالنقب الذى يبقى • قال : فإن كانت النقبة موجودة عند البائع فأنعلها المشتري فالنزع لا يبطل حقه من الرد • فتلخص من هذا أن اللجام والعذار والرسن يجوز تركه ونزعه • والنمل لا يجوز نزع الا في الصورة التى استثنى البغوى هكالى اللجام يجوز تركه ونزعه والاكاف لا يجوز تركه ، فهذا ما ذكره هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم •

ونقل صاحب التتمة عن أبى حنيفة جواز الاستخدام ورد عليه • ونقل القاضى حسين وغيره أن الشافعى رحمه الله نص على أنه لو كانت دابة مركبها بطل حق الفسخ ، وقال أبو العباس : إنما أراد به

إذا ركبها استعمالاً . فإذا ركبها ليسقيها ويردها على المالك أو كانت جموحاً لا تسير بنفسها لم يبطل حقه من الفسخ . وإن كانت ذلولاً لا تحتاج في سيرها إلى الركوب بطل حقه من الفسخ ، كما لو قصد به الانتفاع بركوبها . وهذا النقل عن الشافعي بإطلاقه . وعن ابن سريج بتفصيله مخالف ما ذكر المصنف رحمه الله من جواز الركوب مخالف لما نقله الماوردي عن ابن سريج فيما تقدم .

قال ابن الرفعة : ولعل عنه وجهين ، أو أن هذا من تأويله للنص ، فيكون مذهبا للشافعي رحمه الله عنده ، ذاك من تخريجه فيما ذكره المصنف حينئذ ، وجزم مخالف لما قاله هؤلاء الأئمة ، ومخالف لما نسبوه إلى نص الشافعي ، ولولا هذا النص الذي نقلوه لكانت أرجح ما ذكره المصنف لموافقة ابن الصباغ والجرجاني لاسيما نقل ابن الصباغ عن الأصحاب واستدلوا له بأنها لو ولدت في هذه الحالة كان الولد للمشتري لبقاء ملكه ، ولعل طريقة العراقيين كما قاله المصنف ، فإن القائلين بخلافه أكثرهم من الخراسانيين ، وأصلهم القاضي حسين والفوراني ، ولم أر من وافقهم من غيرهم إلا صاحب التلخيص فيه ، وفي المفتاح وابن خيران الأخير . على أن أبا الخير بن جماعة المقدسي شارح المفتاح ذكر فيه أن ركوب الدابة في الطريق لا يبطل حقه كما ذكره المصنف .

وبالجملة فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي العرف . فينبغي أن لا يحكم على شيء من الاستعمالات بقطع الخيار إلا إذا دل دلالة ظاهرة على الرضا ، كالوطء ولبس الثوب والقرض على البيع وشبهه ، أما ما لا يدل عليه أو يتردد فيه فينبغي أن تستلزم معه أصل الخيار ، ولا نحكم بالرضا بغير ما يدل عليه ، فإن خيار الرد ثبت قطعا ، والمبادرة حصلت ، والذي قارنها من الاستعمالات لا يدل على الرضا ، لأن غرض المسألة كذلك فالحكم بالرضا إذ ذاك يكون حكما بغير دليل وهذا كله إذا قلنا لا يجب التلفظ بالفسخ حالة الاطلاع على العيب ، أما إذا أوجبناه لا تأتي المسألة لأنه أن تلفظ به لم يجز الاستعمال بعد ذلك بخروجه عن ملكه ، وإن لم يتلفظ به بطل الرد بالتأخير .

ولما كان القاضي حسين يرى وجوب المبادرة إلى التلفظ بالفسخ

لا جرم هو من القائلين بأن الاستعمال والاستخدام يبطل الرد . والمبطل عنده في الحقيقة هو التأخير ، لا خصوص الاستعمال ، فيجب التنبيه لذلك ، فإن القاضي حسين رأس الخراسانيين ، وقال ذلك على رأيه ، والصحيح خلافه ، وأن التلفظ بالفسخ غير واجب والملك للمشتري باق في زمن الرد ، فلا وجه لمنعه من تصرف لا يدل على الرضا . وهذا كله في مسألة الركوب ونحوها والقائلون بأن الركوب مبطل يقولون : انه لو كان راكبا فاطلع على العيب ينزل على الفور ، فلو استدام بطل حقه لأن استدامة الركوب ركوب . أما العلف والسقى فلا يضر . هكذا جزموا به ولا أظنه يجيء فيه خلاف ، لأن ذلك مصلحة خالصة للداية ، لكن تعليل المصنف بأن ذلك حق له الى أن يردها يقتضى التفرقة بين ذلك وبين الركوب .

( وأما ) مسألة الحلب فكذاك جزموا بها ، ونسبها بعض المصنفين الى بعض الأصحاب وينبغي التفصيل ، فإن كان ترك الحلب يضر بها لكثرة اللبن في ضرعها فلا يجيء فيه خلاف كالعلف والسقى ، فإن لم يكن كذلك فهو كالركوب للانتفاع ، فغلى ما ذكره المصنف ومن وافقه يجوز ، وعلى ما صححه الراغبى والجمهور يمتنع . ونسب الرويانى في البحر جواز الحلب الى أصحابنا ، وقيده بأن تكون سائرة غلو وقفها للحلب بطل الرد .

( فسر ) اذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري ، قاله صاحب التتمة وغيره . قال : لأن البيع مضمون في يده ، والمال اذا كان مضمون العين كان مضمون الرد ( قلت ) وهذا ظاهر اذا لم يتلفظ بالفسخ . أما اذا تلفظ به حيث أمرناه ، اما اذا قدر على الشهود على الصحيح واما وحده على رأى القاضي حسين وبالفسخ خرج عن ملكه ، وقد صرح الراغبى بأن مؤنة الرد بعد الفسخ على المشتري . وصرح هو والمتولى بأنه لو هلك في يده ضمنه . وقد يقال : ينبغي أن يكون حكمه حكم الأمانات الشرعية والعين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فيجب عليه الرد . لكن ليست العين مضمونة عليه . وحكم المؤنة في زمن الرد حكمها في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة . لكن الجواب عن هذا أن أصل هذه اليد الضمان . فيستصحب حكمها كالعارية المؤقتة اذا

انقضت بخلاف العين المستأجرة ، فانها كانت أمانة . وقد ذكر القاضى حسين فى فتاويه جملة من هذه المسائل .

( منها ) اذا فسخ البيع بالعيب أو بخيار الشرط أو الافلاس ، فمؤنة الرد على المشتري ومؤنه رد المرهون على الراهن ، والقيم اذا ظهرت خيانتة أو عزل والمال فى يده فمؤنة الرد اذا صار مضمونا على القيم ، واذا أراد الرد بعد بلوغ الصبى فعلى الصبى ويرد مسلم الموصى الى الموصى له على الموصى له ومؤنة رد العين المستأجرة بعد المدة على المالك يعنى على خلاف فيه ، فالصداق الى الزوج اذا طلق قبل الدخول أو ارتدت أو فسخ النكاح على الزوج ، لأنه أمانة فى يدها ، هكذا قال القاضى ، وهو طريق المرازمة وطريق العراقيين ، وهى الأصح أنه مضمون عليها .

ومنها أيضا مسألة ابتدأ بها القاضى هذه المسائل . وهى اذا سلم العبد الجانى ، واحتيج الى بيع رقبتة فى أرش جنائته ، فمؤنة البيع من أجرة الدلال وغيره على من أجاب ، يحاص من ثمن العبد الجانى للمجنى عليه قدر أرش الجنائية ( قلت ) فلو كانت الجنائية تستغرق ثمن العبد فلم يتعرض القاضى لها ، وقد رأيت فى شرح المذهب لأبى اسحاق العراقى فيما اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره قال : اذا احتاج فى رده الى مؤنة .

( فان قلنا ) ليس للمشتري الرد ويرجع بالأرش كانت مؤنة رده عليه لأنه ملكه ( وان قلنا ) له الرد كانت مؤنته على البائع لأنه عاد الى ملكه . وهذا كلام عجب ، ولا أدري من أين له ؟ والصواب ما تقدم .

( فرع ) اشترى عبدا فوجد به عيبا ففصده وقال : ظننت أنى لو فصدته أو حجمته زال عنه ذلك العيب ففصده فلم يزل ، قال القاضى حسين فى الفتاوى : يبطل حقه من الرد لأن فصدته رضا منه بالعيب ، فان أراد التخلص من ظلامته يفسخ أولا ثم يفصد ، فان هلك فهو من ضمان المشتري بالقيمة .

( قلت ) وفى جواز فصدته بعد الفسخ — وهو ليس بملكه — اشكال ، قال جامع الفتاوى : انه على هذا عندى اذا فسخ بين يدى البائع ، أو فسخ واشتغل بطلبه ( أما ) اذا فسخ فى غيبته والتوانى فى رده بطل

حقه • قال : وهو مشكل • قلت : الاشكال الذي ذكرته في جواز الفسخ باق • وزاد في هذا الكلام اشكالا آخر وهو أنه بعد الفسخ يبطل حقه بالتواني • والظاهر أنه بعد الفسخ ينتقل الملك عنه ولا يبقى الا المنازعة • فان صدقه البائع أو كانت بينة فلا يضره التواني • وانما تعتبر المبادرة عند من يرى التلطف بالفسخ على الفور لأجل أنكار المشتري فليتأمل كل من الكلامين فانه مشكل ، والله اعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وله أن يرد بغير رضا البائع ، ومن غير حضوره ، لأنه رفع عقد جعل اليه فلا يعتبر فيه رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ) •

( الشرح ) الكلام المتقدم فيما يحصل به المبادرة ، وأما الفسخ فانه يجوز للمشتري ولو في حضور البائع ، وفي غيبته مع رضاه ، ومع عدمه ، ولا يفتقر اليه ولا الى الحاكم ، وسواء أكان قبل القبض فيجوز أن يفسخه بحضرة البائع ، ولا يجوز في غيبته ، وان كان بعد القبض فلا يجوز الا بحضوره ورضاه أو بحكم الحاكم ، وهكذا قال أبو حنيفة في خيار الشرط : انه لا يجوز لأحدهما الفسخ الا بحضرة صاحبه ، لكنه لم يشترط هناك رضاه ، فالمسائل ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ، خيار الشرط يشترط فيه الحضور لا الرضا ، والرد بالعيب مثل القبض ، كذلك يشترط فيه الحضور لا الرضا ، وبعد القبض يشترط فيه الرضا أو حكم الحاكم •

ودليلنا في خيار الشرط اطلاق حديث حبان بن منقذ ، وفي خيار العيب قبل القبض ، قال القاضي أبو الطيب : النكته فيها أن من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره كالمرأة في الطلاق ، وأما بعد القبض فلا لأنه رد مستحق بالعيب فلا يعتبر فيه رضا البائع كما قبل القبض ، وقول المصنف رحمه الله : لا يعتبر فيه رضا صاحبه إشارة الى ما بعد القبض •

( وقوله ) ولا حضوره إشارة الى ما قبل القبض تنبيهها على محل الخلاف في الموضعين ، وقد قابل في النكتة لفظ الرفع بالقطع ، وهو

أحسن من جهة أن الطلاق قاطع لا رافع ، وما ذكره هنا أحسن من جهة أن الخصم لا يسلم إليه أن الرد قطع ، بل هو رفع لاسيما على قوله وقول عندنا أنه يرفع للعقد من أصله ، وقاس في النكت على الموصى له أيضا • ( وقوله ) جعل اليه احترازا من الاقالة فانها اليهما لا ينفرد بها أحدهما ، ولا يرد اللعان حيث يعتبر فيه حضور المرأة رضا للقاضي مع أن الفرقة تقترب على لعان الزوج وحده ، وهي فرقة فسخ عندنا ، لأن الفرقة حكم شرعي رتبته الشرع على لعانه بغير اختياره ، فلا يندرج في قوله رفع ، لأن الرفع الشرع لا هو ، وفي الرد بالعيب هو الفاسخ باختياره وقصده الرفع ، واستدل أصحابنا أيضا بالقياس على الرجعة والوديعه فانها تنسخ في غيبة المودع حتى إذا علم به وجب عليه الرد ، وإن كان لا يضمن حتى يتمكن ويجب عليه طلب صاحبها ليسلمها اليه أو الحاكم ، فإن لم يفعل وهلك في يده ضمنها •

( واعلم ) أن قول المصنف : جعل اليه ظاهر فيما قبل القبض ، لأن أبا حنيفة رضي الله عنه لا يشترط فيه رضا البائع ( وأما ) بعد القبض فقد يقال : انه باشتراط رضاه يمنع أن الرفع حينئذ جعل للمشتري ليوقفه على رضا البائع مندفع عن المصنف ، لأنه يعني بقوله : جعل اليه أنه صادر منه وحده ، بخلاف الاقالة الصادرة منهما ، ومع ذلك يصح الاحتراز ، وإن اشترط الخصم فيه شرطا آخر واستدل الحنفية بأنه رفع عقد بعيب فلا ينفرد به كالرد بالعنة ، وأجاب أصحابنا بأن ذلك يفتقر الى اقرار الزوج وبالعجز ، وإلى حكم الحاكم لأنه يختلف فيه بخلاف هذا ، ووافقنا أبو حنيفة فيما إذا كان خيار الشرط لأحدهما على جواز انفراده بالفسخ ، وإنما خالف فيما إذا كان الخيار لهما هكذا نقله القاضي حسين ، وعلى هذا يلزمه ، فإن الرد بالعيب ثابت لأحدهما ، والله أعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه يفسخ البيع كما يفسخ البيع في مدة خيار الشرط بالوطئ • ( والثاني ) لا يفسخ ، لأن الملك قد استقر للمشتري ، فلا يجوز فسخه الا بالقول ) •

( الشرح ) هذه المسألة ذكرها القاضى أبو الطيب فى باب خيار المتبايعين ، وبنى الوجهين فيها على الوجيز فى مسألة ذكرها هو والشيخ أبو حامد ، وهى ما اذا اشترى جارية بثمن ثم أفلس ، وثبت للبائع حق الفسخ فيها فوطئها ، هل يكون فسخا ؟ فيه وجهان •

( أحدهما ) نعم كالوطء فى زمان الخيار ، فإنه اذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح المنصوص ، الذى قاله المحاملى فى التجريد أنه لا خلاف فيه • وقال القاضى أبو الطيب : على جميع الأقاويل والجامع بينهما أنه رد للملك ، وفسخ للبيع ، والملك يحصل بالقول والفعل ولا فرق فى الوطء فى زمان الخيار بين خيار المجلس وخيار الشرط ، وانما قيد المصنف بخيار الترتط لأنه فى مدة خيار المجلس •

قد يقال : ان تحريم العقد باق • والعقد أضعف • وذلك أيعين رأس المسال ؟ والغرض فى الصرف فى خيار المجلس كالمعين فى العقد ولأجله ؟ قال بعض الأصحاب ان الحط والزيادة يلحقان فى المجلس دون خيار الشرط ، وان كان الأصح للحوق فيهما فاذا كان الانفساخ بالوطء فى خيار الشرط ففى المجلس أولى فلهذا خصه المصنف بالذكر لأنه أقرب الى خيار الرد الطارىء بعد تحريم العقد لكن لك أن تقول : ان هذا القياس انما يتم عند القائلين بأن الملك فى زمان الخيار للمشتري ، وهو الصحيح عند الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والامام أما اذا قلنا بأن الخيار للبائع أو موقوف ، فيظهر الفرق بينه وبين المبيع المعيب فإنه ملك المشتري •

( والوجه الثانى ) لا يفسخ بالوطء والفرق بينه وبين المبيع فى زمان الخيار — حيث نقول يفسخ بالوطء وان انتقل للمشتري — أن الملك فى زمان الخيار ضعيف والملك فى المعيب قد استقر بدليل أنه يجوز له التصرف فيه فكان أقوى من الملك فى زمان الخيار • فلهذا يشترط فيه القول ، وهذا معنى ما ذكره المصنف وههنا أمور :

( أحدها ) أن هذا انما يحتاج اليه اذا قلنا بالملك فى زمن الخيار للمشتري ، وقد تقدم التنبيه على ذلك •

( الثانى ) ما الأصح من هذين الوجهين ؟ فاعلم أن الشافعى رحمه الله

القائل بأن الأئمة أن من كان الخيار له فالملك له ، وإن كان لهما فموقوف يقتضى أن نقول هنا بأن الأصح الوجه الثانى عدم الانفساخ . لأن القياس على زمان الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع لا يحسن لأن الملك عنده لم يحكم بزواله ، فلم يشبهه المعيب . وإذا كان الخيار للمشتري لا يمكن القول بأن وطء البائع فسخ ، فإنه إذا لم يملك الفسخ بالقول فعدم ملكه بالفعل أولى ، فعلى مقتضى كلام الراعى ينبغي أن يكون الأصح هنا عدم الانفساخ وعلى ما صححه الشيخ أبو حامد وموافقه من انتقال الملك بنفس العقد فقد ظهر الفرق بما ذكره المصنف رحمه الله ، فليكن الأصح أيضا عدم الانفساخ .

( الثالث ) قول المصنف الملك قد استقر للمشتري ، والمشتري فى كلامه مشتري الثوب ، فيكون المعنى أن ملك الثوب قد استقر له ، فلا يجوز فسخه بوطء الجارية التى هى ثمن عنه ، وكذلك يقتضيه كلام القاضى أبى الطيب ، لكنه قال فى مسألة الفلاس التى بنى عليها لأن ملك المشتري قد استقر على الجارية ، وهذا يناسب أن يقول هنا : لأن البائع استقر على الجارية ، لأن الراجع فى الفلاس هو البائع والراجع فى العيب هو المشتري ، ولا شك أن تملك كل من البائع والمشتري مستقر وكل من المأخذين صحيح . ويظهر أن يقال ان مشتري الثوب إذا اطلع على عيبه فحقه فى رده وفسخ البيع فيه ، ويترتب على ذلك انفساخه فى مقابله ، فالذى يرد عليه الفسخ هو الثوب لا الجارية ، وكان التعليل باستقرار الملك فيه أولى ، وبذلك يظهر افتراق هذه مع المبيع فى زمان الخيار ، وفى هذا المأخذ أيضا ، لأن الفسخ هناك وارد على الجارية الموطوءة بغير واسطة ، وههنا بواسطة رد الثوب .

( الرابع ) ان الوطء حرام على المذهب ( وان قلنا ) يحصل به الفسخ .

( الخامس ) قال أبو على الفارقى فى هذا : انا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر ، لأنه وطئ فى ملكه ، فان لم يقصد به الفسخ لم يكن فسخا ، قولوا واحدا ، ويجب المهر ولا حد عليه ، ونظير ذلك وطء الوالد الجارية المرهونة ، وان وطئها بقصد الاسترجاع فعلى الوجهين ، وان لم يقصد كان الوطء محرما ويلزمه المهر ولا حد للشبهة .

( السادس ) في جملة من نظائر هذه المسألة مما يجعل الفعل فيه كالقول في مسألة الجارية المرهونة ، وقد تقدمت ، ومنها التقليد والاشعار هل يجعل كقوله جعلته هديا ؟ فيه خلاف ، ومنها لو لبد المحرم رأسه وعقسه ، وهذا لا يفعله الا العازم على الحلق ، فهل يتنزل الحلق ؟ على قولين ( الجديد ) لا ، وأما المعاطاة ونحوها فذلك لقريئة ، لا للفعل .

#### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان زال العيب قبل الرد ففيه وجهان ، بناء على القولين في الأمة اذا اعتقت تحت عبد ، ثم اعتق العبد قبل أن تختار الأمة الفسخ (أحدهما) يسقط الخيار ، لأن الخيار ثبت لدفع الضرر . وقد زال الضرر ( والثاني ) لا يسقط ، لأن الخيار ثبت بوجود العيب . فلا يسقط من غير رضاه ) .

( الشرح ) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب . والرافعي حكاهما أيضا في باب التصرية كما تقدم عند استمرار لبن المصراة على كثرتة ، ولكنه في هذا المكان جزم بسقوط الخيار تبعا لصاحب التهذيب ، وقال : انه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقه من الرد ، وهما طريقتان في المذهب حكاهما القاضي حسين .

( احداهما ) حكاية الوجهين بناء على القولين ( والثانية ) القطع بسقوط الخيار قال : وهذا [ هو ] المذهب . والفرق بينه وبين خيار العتق على أحد القولين ، ان خيار العتق لا يبطل بالتأخير على قول ، فلم يبطل بارتفاع السبب المثبت له ، بخلاف خيار العيب ، فلما اختلف الخياران في الأصل اختلفا في الصفة والبقاء بعد ارتفاع السبب . وقال ابن الرغفة : ان هذا الفرق لا غناء فيه والأمر كما قال . وبالجمله الصحيح السقوط وكذلك هو الصحيح من القولين في الأمة . ويحتمل أن يقال بعدم السقوط هنا وان قيل في الأمة : لأن خيارها مقيد بما ينالها من الضرر بالاقامة يجب الفرق وقد زالت العلة وخيار المشتري معلل بغير البائع له ، وأنه بذل ذلك الثمن في مقابلة ما ظنه سليما وأخلف ، وزال العيب في يد المشتري [ وهي ] معه حاصلة له ولكني لم أر من قال بهذه الطريقة . والامام في كتاب النكاح ضعف الوجه في المسألتين جدا ، وصحح السقوط في المسألتين . وقال : ان الخلاف فيهما

يبتنى على قاعدة ذكرها في الشفعة أن الشفيع إذا لم يشعر بها حتى باع ملكه الذي استحق الشفعة به وإنما ذكر الامام هذا لأنه حكى الخلاف في الشفعة قولين ، والأكثر أن يحكموا وجهين ، فالوجه أن تكون مسألة العيب ومسألة الشفعة كلتاهما مبنيين على مسألة الأمة .

والأصح في المسائل الثلاث السقوط . ومسألة الشفعة وخيار الأمة من واد واحد ، وبينهما وبين مسألة العيب ما ذكرته في الاحتمال المتقدم الذي لم يذكره أحد من الأصحاب فيما علمت ، وإن كان المعنى الملاحظ فيه موجودا في كلامهم ، وأكثر المصنفين يحكون الخلاف في مسألة الكتاب وجهين إلا صاحب البحر فإنه قال : لو زال العيب سقط الرد ، وقيل : فيه قولان منصوصان . وكلام المصنف باطلانه يقتضى أنه لا فرق بين أن يكون زوال العيب قبل العلم به أو بعد العلم به وقبل الرد بأن يكون في مدة طلب الخصم والقاضى . والأمر كذلك بلا نزاع ، وبه صرح الأصحاب ، ويقتضى أنه لا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده . وقد يقال : الزائد قبل القبض أولى بالسقوط من الزائد بعده ، وكلام أبى سعيد الهروى في الاشراف جازم بأنه لا يرد ، لكنه أطلق فيما يوجد في يد البائع ، ولم ينص على أنه بعد البيع وقد صرح الامام بجريان الخلاف فيه ، فبقى كلام المصنف رحمه الله على إطلاقه . ذكر الامام ذلك في كتاب التقليل .

( فرع ) اشترى جارية سميئة فهللت قبل القبض ، ثم سمت غردها ، هل للمشتري الفسخ ؟ فيه وجهان بناء على ما لو غصب شاة سميئة فهللت ثم ردها ، هل يجب ضمان الثمن الأول أو يتخير بالثاني ؟ ( ان قلنا ) يتخير ولا يفسخ والا فله الفسخ ، قاله صاحب التهذيب وذلك بناء منه على الطريقة القاطعة بأن زوال العيب يمنع من الرد . أما على الوجه من الطريقة الأخرى فإنه يفسخ ، ولو قلنا : يتخير فيكون الترتيب هكذا ( ان قلنا ) لا ينجبر الثمن الأول بالثاني ففسخ ، والا فوجهان ( أحصهما ) لا .

( فرع ) لو زال العيب القديم قبل العلم به ، ولكن حدث عيب مانع من الرد فعلى الأصح لا أرش ، وعلى الوجه الآخر ينبغى أن يثبت له الأرش عن العيب القديم ، واليه صار ابن الرغفة ، وجزم الرافعى

بعدم الأرض • وذلك مستمر على جزمه في هذا الباب بسقوط الخيار •  
أما على طريقة الوجهين فيتعين جريانها هنا وسيأتى ان شاء الله  
الكلام في زوال العيب بعد أخذ أرشه في آخر الفصل الثانى لهذا •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان قال البائع : أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا  
فيها حجارة مدفونة ، يضر تركها بالأرض ، فقال البائع : أنا  
أقلع ذلك في مدة لا أجرة لمثلها سقط حق المشتري من الرد ،  
لأن ضرر العيب يزول من غير اضرار ) •

( الشرح ) صورة المسألة أن يضر تركها ، ولا يضر قلعها ، وقد  
تقدم الكلام فيها في باب بيع الأصول والثمار ، وظاهر كلام المصنف  
هنا أن الخيار ثبت ، ويسقط بقول البائع ذلك ، والذي تقدم هناك  
وذكره الرافعى وغيره أنه يؤمر البائع بالقلع والنقل ولا خيار للمشتري ،  
والصواب ما قاله المصنف رحمه الله هنا وأنه يثبت الخيار ثم يسقط •  
وكلامهم هنا محمول على هذا ، ألا ترى أن الرافعى وغيره قاسوا ذلك  
على ما لو اشترى دارا يلحق بسقفها خلل يسير يمكن تداركه في الحال ،  
أو كانت منسدة البالوعة فقال البائع : أنا أصلحه وأبيعها لا خيار  
للمشتري فهذا الكلام ناطق بأن عدم الخيار مرتب على قول البائع :  
ويظهر أثر هذا فيما لو بادر المشتري ونسخ قبل أن يقول البائع ذلك :  
فعلى ما قلته ينفذ نسخه ولا عبرة بقول البائع بعد ذلك ، وإطلاق  
المصنف والرافعى وغيرهما أيضا السقوط بقول البائع : أنا أقلع • ينبغي  
أن يكون محمولا على ما إذا قلع • أما إذا اقتصر على القول فسقوط  
الخيار به غير متجه لبقاء العيب •

والعبارة المحررة ما ذكره في كتاب الاجارة ويقتضيه كلام الامام  
هنا أيضا أن الخيار ثابت الا اذا بادر المشتري الى الاصلاح • هذا اذا  
كان اشتغال الأرض على الحجارة المذكورة منقضا لها ، وهو ما يقتضيه  
ذكرهم لذلك في العيوب • فان فرض أن الحجارة المذكورة لقرب زمان  
نقلها لا يعد اشتغال الأرض عليها عيبا صح إطلاقه أنه لا خيار ويلزم  
البائع بنقلها • ولكن ذلك خلاف المفروض وأيضا لا يبقى حينئذ بقول  
البائع : أنا أقلع أثر : لأنه يلزم به ولا خيار للمشتري قبله ولا بعده •

غالباً ما يوافق عباراتهم في الاجارة ، فان الخيار ثابت الا اذا  
بادر البائع الى القلع في مدة لا اجرة لمثلها . وحينئذ تكون العلة أن  
ضرر العيب زال .

وأما تعليل المصنف بأنه يزول فيناسب عدم ثبوت الخيار أصلاً ،  
وهو لم يقل به . ولا ينحى عن ذلك الا أن يقال : ان بقاء الأحجار مع  
امتناع البائع من قلعها عيب ، وبدون امتناعه ليس بعيب وهو بعيد .  
اذ يقال : ان اشغال الأرض بالحجارة مانع من كمال صفة القبض فيها كما  
تقدم . وذلك عن بعض الأصحاب ، فامتناع الحجارة مع امتناع  
البائع من قلعها كالعيب الحادث قبل القبض . ولم يذهب أحد هنا  
الى ثبوت الخيار مع مبادرة البائع الى القلع أخذاً من أن وجود الأحجار  
في الأرض عيب ، وزوالها بقول البائع أو بفعله كزوال العيب قبل  
الرد ، وفيه وجه كما تقدم . وكأن الفرق ضعف الخيار هنا ، لكون  
البائع مسلطاً على اسقاطه ، أو لأنه زال قبل كمال القبض ، وليس  
كالعيب الزائل بعد القبض ، أو لأن هذا الزوال بفعل البائع ففيه  
استدراك للظلمة ، بخلاف الزوال بنفسه .

وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف رحمه الله  
وزعم أنه تناقض بين ما ذكره هنا وفي الاجارة من سقوط الخيار ،  
وبين ما تقدم من حكايته الوجهين في زوال العيب قبل الرد ، وأدعى  
الأولية في طرد الوجهين هنا ، وكذلك ابن الردي (١) قال : أرى  
أن تكون المسألة الثانية كالمسألة الأولى على وجهين ، بل أولى لأنه  
إذا كان بعد رد العيب وجهان ، فمع بقاءه أولى . وما ذكرته جواب  
عنه ، وليس المصنف مختصاً بذلك .

وقوله : لا اجرة لمثلها ، قيد لابد منه ليتحقق عدم الاضرار ،  
ولو كانت الحجارة يضر قلعها ، أو قلعها وتركها ، فقد تقدم الكلام في ذلك  
فيما لا يضر في باب بيع الأصول والثمار .

وقوله : مدغونة ، يحترز عن المخلوطة . وقد تقدم حكمها . ومن  
الواضحات أن غرض المسألة في حالة جهل المشتري بالحجارة .

---

(١) كذا بالأصل ، ولعله ابن الرنعة . (المطيمي)

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرش العيب لم يجبر المشتري على قبوله ، لأنه لم يرض الا بمبيع سليم بجميع الثمن ، فلم يجبر على امساك معيب ببعض الثمن . وان قال المشتري : أعطنى الارش لأمسك المبيع لم يجبر البائع على دفع الارش ، لأنه لم يبذل المبيع الا بجميع الثمن ، فلم يجبر على تسليمه ببعض الثمن ) .

( الشرح ) المسألتان واضحتان ، والأصل أن كل من وجب له شيء ليس له المطالبة بغيره ، ولا يجب عليه الانتقال الى غيره . وخرج عن هذا القصاص اذا عفا عنه يجب المال ، وان كان الواجب القود عينا . وعن أحمد أن للمشتري أخذ الأرش .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان تراضيا على دفع الارش لاسقاط الخيار ففيه وجهان ( احدهما ) يجوز وهو قول أبى العباس ، لأن خيار الرد يجوز أن يسقطها الى المال ، وهو اذا حدث عند المشتري عيب فجاز اسقاطه الى المال بالتراضى ، كالخيار فى القصاص ( والثانى ) لا يجوز وهو المذهب ، لأنه خيار فسخ فلم يجز اسقاطه بمال كخيار الشرط وخيار الشفعة ، فان تراضيا على ذلك وقتلنا : انه لا يجوز فهل يسقط خياره ؟ فيه وجهان ( احدهما ) انه يسقط ، لأنه رضى بامساك العين مع العيب ( والثانى ) لا يسقط وهو المذهب ، لأنه رضى باسقاط الخيار بعوض ولم يسلم له العوض فبقى الخيار ) .

( الشرح ) الوجهان فى جواز التراضى على اسقاط الخيار الى بدل ، سواء أكان ذلك البذل جزءا من الثمن أم غيره ، اتفقت الطرق على حكايتها . والجواب منسوب الى أبى العباس ابن سريج وعنه أنه حكاه عن القديم ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . والمنع قال القاضى حسين : انه المنصوص ، وقال الامام : انه ظاهر النص والمصنف فى قوله : انه المذهب تابع للشيخ أبى حامد وقال القاضى أبو الطيب : انه ظاهر المذهب ، والماوردى وهو الذى صححه البغوى والرافعى

وغيرهما وفيه نظر ، فانهم قاسوه على خيار الشرط والشفعة • والفرق بينه وبين خيار الشرط والشفعة أن ههنا يأخذ الأرض في مقابلة ما فات من المال ، ويسقط الى مال ، كما قال المصنف رحمه الله تعالى فهذان معنيان ليسا في خيار الشفعة والشرط ، والمعنى الأول أحسن •

وصورة المسألة اذا لم يكن مانع من الرد ، ولا تأخر مسقط ، اما بأن يجهلا غورية الخيار ، أو يكون في خيار المصراة على القول بامتداده ، أو أن التشاغل بالاتفاق على الأرض لا يعد اعراضا عن الرد • ونظر القاضى حسين وغيره هذه المسألة بحق الشفعة لا تصح المصالحة عنه على أصح الوجهين ، خلافا لأبى اسحاق المروزي ، وقد عرفت ما فيه •

قال القاضى حسين : وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابى ، حد القذف ، وحق الشفعة ، ومقاعد الأسواق ، أجوز الصلح عنها ، ومنعها سائر الأصحاب لأنها ليست بمال وانما يصح الاعتياض عما هو مال ، فأما اذا كان حقا مجردا فلا • انتهى •

وقد عرفت أن جواز المصالحة هنا أولى من جوازها في المسائل الثلاث للفرق المذكور • ولذلك ابن سريج لم ينقل عنه موافقة أبى اسحاق اذا خالف في المسائل الثلاث يخالف في حق الرد بالعيب ، فانه لا فرق بينهما ، أو للرد بالعيب أولى كما قدم • واكتفوا بنسبة الخلاف هنا الى ابن سريج • وانما قلت : ان المصالحة هنا أولى بالصحة من المسائل الثلاث ، لما أشار اليه المصنف من أن خيار الرد يجوز أن يسقط الى المال في حال ، ولا كذلك الحقوق الثلاثة • ولأن الأرض مأخوذ في مقابلة حال نائب ولا جرم • قال القاضى أبو الطيب هنا : انه لا يصح المصالحة عن الشفعة قولاً واحداً • ولم يحك خلاف أبى اسحاق مع حكايته للخلاف هنا • وهو مقتضى كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا ، فانه جعل الشفعة أصلاً مقيساً • وقول المصنف في تعليل الثانى خيار غسخ يحترز بالفسخ عن القصاص والوصف حاصل في الأصل ، وهو خيار الشرط والشفعة فان فيهما غسخ وابطال حق المشتري للتنقص • لكن هذا القياس لا يكفى بدون الغاء الفرق المتقدم • والأصحاب يقولون : الأرض جزء من الثمن في مقابلة الجزء الثابت كما سيأتى ومقتضى ذلك

أن يجوز والمصالحة عنه كما قال ابن سريج ، فإنه ليس في مقابلة حق مجرد ولا سلطة الرد ولذلك اتفقوا على جوازه عند حدوث عيب جديد •

( التفریع ) وهو مذكور في الكتاب ( ان قلنا ) بالصحيح : وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك : فان كان المشتري عالما ببطلان المصالحة بطل حقه قطعا ، وان ظن صحتها ، وعليه يحمل كلام المصنف ( فوجهان ) حكاهما الامام عن نقل العراقيين ، وتعليقهما ما ذكره المصنف والمذهب عدم السقوط كما قال وممن صححه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والقاضي حسين والبغوي والرافعي ومن التفریع أيضا أنا ( ان قلنا ) بجواز المصالحة سقط الخيار ، ويثبت الأرش أو ما اتفقا عليه على البائع ، والا فلا ، فان كان أخذه وجب عليه رده ، ولو صالح عن العيب على مال وجوزنا فزال العيب لا يجب رد المال لأنه أخذ على جهة المعاوضة ، قاله البغوي ، ولا غرق في جواز المصالحة بين أن يكون الثمن ذهبا فيصطلحان على ذهب أو فضة أو حالا أو مؤجلا ، قاله الجوري •

( فائدة ) الأرش في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء همزة ، وأرش الجراحة ديتها ، وذلك لما يكون فيه من المنازعة . وأرشت الجرب والنار اذا أرثتهما ، والنار من بين القوم الأفساد بينهم ، وأما في الشرع فغال بعضهم : هو عبارة عن الشيء المقدّر الذي يحصل به الجبر عن الفائت ( وقال ) الرافعي : هو جزء من الثمن نسبته اليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة •

( فرع ) لنا صورة يرضى المشتري فيها بالعيب . ولا يكون له مانع من الرد اذا اطلع على ذلك في مرض موته ، ولا تنقطع مطالبة الورثة عن البائع على أحد الوجهين • وسنذكره عند الكلام في الأرش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان أراد أن يرد بعضه لم يجز ، لأن على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه ، فلم يجز من غير رضاه ، وان اشترى عبيدين فوجد بأحدهما عيبا غفل له أن يفرده بالرد ؟ فيه قولان ( أحدهما ) لا يجوز ، لأنه تبعض صفقة على البائع فلم يجز

من غير رضاه ( والثاني ) يجوز ، لأن العيب اختص بأحدهما ، فجاز أن يفرده بالرد ، وإن ابتاع اثنان عبدا فأراد أحدهما أن يمسك حصته وأراد الآخر أن يرد حصته جاز لأن البائع فرق الملك في الإيجاب لهما فجاز أن يرد عليه أحدهما دون الآخر كما لو باع منهما في صفقتين ) •

( الشرح ) هذه ثلاث مسائل ، الأولى إذا كان المبيع عينا واحدة في صفقة واحدة ، فإن كانت باقية في ملك المشتري فليس له أن يرد بعضها بغير رضا البائع لمعنيين ( أحدهما ) تفريق الصفقة ( والثاني ) أن الشركة عيب ، فإذا رد النصف كان معيبا ولا يجوز رد العين إذا حدث فيها عيب ، والمنع في هذه الحالة لا يكاد يعرف فيه خلاف ، وصرح القاضي حسين أنه لا خلاف فيه •

قال الامام : ورأيت لصاحب التقريب طرد القولين فيه وهو خطأ غير بعيد وهذا الخلاف نقله القاضي حسين عن صاحبه فيما إذا باع النصف ، ومع ذلك غلظه ، وإن كان قد باع بعض العين لغير البائع فكذا عند الجمهور •

وقال المساوردي : إن جوزنا تفريق الصفقة فله رد ما بقى واسترجاع حصته ، والتوقف حتى ينظر ما يؤول إليه حاله • وحكى ذلك عن نقل الشيخ أبي على ، وحكاه القاضي حسين عن صاحبه كما تقدم وغلظه ، ولم يطرد المساوردي هذا في حال بقاء الجميع في ملكه ، بل جزم بالمنع •

( فإن قلنا ) بجواز الرد فذاك ، ويسترجع قسطه من الثمن بلا خلاف • قال الامام : إذ لو قلنا : يسترجع الجميع وباقى المبيع في يده فكان مضيا الى اثبات شيء من المبيع في يد المشتري من غير مقابل ، وأورد ابن الرغفة أنه لم لا يقال يبقى الباقي بجميع الثمن ولا يسترجع شيئا ؟ ويكون المردود كالتالف قبل القبض ويكون فائدة الرد التخلص عن عهدة المبيع ، كما قاله القاضي حسين فيما إذا أبرأ من الثمن • قلت : فالقاضي حسين وافق الامام على ما قال • وعلل بعدم الفائدة في الرد لو قلنا : يمسك الجميع • والله أعلم •

( وإن قلنا ) بالصحيح المشهور الذي جزم به المصنف أنه لا يجوز

له الرد غفي حالة بقاءه كله في ملكه لا أرش له ، لأنه متمكن من رد الجميع ، وفي حالة خروجه عن ملكه ان كان بالمبيع فقد حكى الماوردي عنه في وجوب الأرش وجهين مبنيين على التعليين فيما اذا باع الجميع ( أصحابهما ) الوجوب ، وسنذكرهما في كلام المصنف في بيع الجميع بعد ثلاثة فصول إن شاء الله تعالى ، وفيما اذا خرج بغير المبيع بالوقف رجع بالأرش ، وبالعنق لا يمكن ، لأنه يسرى الى الباقي وباللهبة على ما سنذكره في كلام المصنف في خروج الجميع ، فان على القول بامتناع الرد في النقص والعجز عن رد الجميع يكون الكلام في الأرش كاللزام في تعذر الرد في الجميع ، حرفا بحرف ، والصحيح فيما اذا خرج بعضه بالمبيع هنا أنه لا رد ولا أرش .

قال الشافعي رحمه الله في المختصر : ولو كان باعها أو بعضها ثم [ ردها ] عليه بالعيب لم يكن له أن يرجع علي البائع بشيء ، ولا من قيمته من العيب .

وقال في الأم في اختلاف العراقيين في باب الاختلاف في العيب : واذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الثوب أو السلعة ، فباع نصفها من رجل ، ثم ظهر منها على عيب ، دله له البائع لم يكن له أن يرد النصف بحصته من الثمن على البائع ، ولا يرجع عليه بشيء من نقص العيب من أصل الثمن ، وذكر الشافعي رحمه الله كلاما أكثر من ذلك سأذكره عند بيع الجميع . فان فيه إشارة الى أن العلة كونه لم يأمن من الرد ، وهناك أذكره ان شاء الله تعالى .

وكلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه اذا رضى البائع جاز ، ولنا في افراد احدى العينين بالرد برضاء البائع وجهان ( أصحابهما ) الجواز . فليكن ما اقتضاه كلام المصنف رحمه الله جاريا على الأصح ( اذا قلنا ) بذلك ، فلو بذل المشتري أرش نقصان النقيض هل يجبر البائع عليه ؟ يحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيما اذا طلب أحدهما الرد مع أرش العيب . وطلب الآخر الامساك وغرامة الأرش ، فان قلنا : يجاب المشتري أجبناه وأجبرنا البائع ، ومن ذلك يأتي في المسألة أوجه ( أصحابها ) امتناع الرد الا برضاء البائع ( والثاني ) الامتناع مطلقا ( والثالث ) الجواز مع أرش التبويض ( والرابع ) من غير أرش . وهو ما يقتضيه كلام صاحب التقريب والماوردي ، والوجهان بعيدان والأكثر على

القطع بحدفهما وقد أطلق أكثر الأصحاب هذا الحكم والخلاف في جواز التبعض . ولم يفرقوا بين المتقوم والمثلي . ولا شك أن ما ذكره يظهر في المتقوم للمعنيين المذكورين .

( أما ) المثلي فالحنطة ونحوها إذا اشترى صبرة حنطة فوجد بها عيبا غاراد رد بعضها ، قال صاحب التتمة : ان قلنا في العبدین يجوز فھما كذلك والا فوجهان والفرق أن رد البعض لا يؤدي الى تجهيل الثمن ، قلت : وينبغي بناؤهما على خلاف سياتي أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة ( ان قلنا ) بالأول جاز ، لأنه لا ضرر ( وان قلنا ) بالثاني فالصفقة متحدة ، فينبني على أنه هل يجوز تفريق الصفقة أو لا ؟ فعلى الأول يجوز ، وعلى الثاني يمتنع ، ولا يضر كون التفريق هنا اختياريا لكونه لا ضرر فيه .

وقد رأيت المسألة منصوفا عليها في البويطي في آخر باب الصرف ، وقال : ومن اشترى من رجل متاعا جملة مما لا يكال ولا يوزن فوجد ببعضه عيبا يردده جميعا أو يأخذه جميعا ، وان كان مما يكال ويوزن فهو مخير ان شاء أخذ الجيد بحصته ورد ما بقي ، وهذا صريح في الجواز ، ودال على أن المراعى الضرر ، ولو باع المشتري للمشتري بعض العين الواحدة من البائع ثم وجد بالباقى عيبا . قال القاضى حسين : فالذهب أن له الرد إذ ليس فيه تبعض الملك على البائع وقيل : لا يردده ( قلت ) وينبغي بناء ذلك على أن المانع الضرر أو اتحاد الصفقة ( ان قلنا ) بالأول فله الرد ( وان قلنا ) بالثاني فتخرج على التفريق كما تقدم ، وسياتى حكمه في كلام المصنف في بقية هذا الفصل ان شاء الله تعالى .

( فسر ) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين ، فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه .

( أحدها ) ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة ، وهو قول ابن الحداد ، والأصح عند الراغبي ، واستدلوا له بأنه لو سلم أحد الاثنين نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه فعلى هذا هل يجب له الأرث ؟ فيه ثلاثة أوجه ( ثالثها ) أن أيس على الرد رجوع والا فلا ، وهو الأصح عند القاضى حسين . وقد ذكر الراغبي هذه المسألة عند ما اذا اشترى وكيل عن رجلين ، وسأذكر ما قاله هناك ان شاء الله تعالى .

( والثانى ) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جميع منه • حكاه الراغى •

( والثالث ) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع ويعضى نصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأرض ويخير الذى يريد الرد على اسقاط حقه • قاله الماوردى • وحكاه العمرانى أن أبا الطيب ذكره عن ابن الحداد فى شرح المولدات •

( المسألة الثانية ) اذا اشترى عيين من رجل واحد صفته واحدة ولها صور ( احداها ) ما ذكره المصنف أن يجد العيب باحداها • وهما باقيا فى يده فهل له افراد المعيبة بالرد ؛ فيه قولان ( أظهرهما ) عند الماوردى والراغى ، وقال القاضى أبو الضيب والرويانى : انه ظاهر المذهب ، وقطع به الشيخ أبو حامد ، وهو المنصوص عليه فى الألف فى كتاب الصلح وهو قول جمهور الأصحاب أنه ليس له ذلك • بل يردهما جميعا أو يمسكهما جميعا ، سواء أكان ذلك قبل القبض أم بعده وسواء أكان مما يتساوى قيمته كالكرين من الطعام • أو يختلف كالعبدین والثوبين • هكذا ذكره ، وقد تقدم عن مختصر البويضى أن من اشترى مما يكال ويوزن أنه يجوز التبعيض • ومقتضى ذلك أن يجوز افراد أحد الكرين بالرد •

( والقول الثانى ) الجواز • واختاره الرويانى فى الحلية • والقولان عند الماوردى والقاضى أبى الطيب والغزالي والرويانى وغيرهم مبنيين على تفريق الصفقة ( ان قلنا ) يفرق جاز ، والا لم يجز • لكن قياس هذا البناء كما قال الراغى أن يكون قول التجويز أظهر • وأشار الى الجواب بأن الصفقة وقعت مجمعة • ولا ضرورة الى تفريقها فلا يفرق يعنى وليس كما اذا جمعت حالا وحراما أو حلالين • وتلف أحدهما قبل القبض فان التفريق هناك ليس اختياريا • وحاول ابن الرغفة اثبات قول يمنع افراد المعيب بالرد •

وان قلنا : يجوز تفريق الصفقة وذكر من نص الشاغى فى الصلح ما يدل دلالة ظاهرة على ذلك ويمكن أن يؤخذ من كلام المصنف ما يدل أنه علة المنع بما يحصل من الضرر بتبعيض الصفقة فم يجز من غير رضه • وهذا الكلام يشعر بجواز تفريق الصفقة

إذا رضى . فالراجح أن لا يجهل ، القولان مبنيين على تفريق الصفقة بل مرتبين ، بأن يقال : أن منعنا تفريق الصفقة منعنا هنا ، والا فقولان . والترتيب أوفق لكلام الأئمة الذين أطلقوا البناء . فإنه قد يطلق البناء على الترتيب ويبعد جعلهما قولين برأسهما أوغق لكلام المصنف . فإنه على قول الجواز بأن العيب أخص بأحدهما . وهذا يقتضى بمفهومه أن العيب إذا لم يختصر وكان فيهما لا يجوز الاغراد مع القول بجواز تفريق الصفقة . فأعاد أول كلامه وآخره أن لنا قولاً بالمنع .

وان جوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز . ومنعنا تفريق الصفقة ، قلت : تفريق الصفقة القهرى لا يمكن القول بالجواز مع منعه ، لأنه على ذلك القول يستحيل شرعا . وأما التفريق الاختيارى برد أحد العينين دون الأخرى فكلما القولين اللذين ذكرهما المصنف رحمه الله يفرعان على منعه ، بمعنى أن المشتري ممنوع منه . وعلى تجويز التفريق القهرى فإن أريد بالتفريق القهرى فالترتيب صحيح كما اقتضاه كلام الأئمة ، وإن أريد التفريق الاختيارى فلا ترتيب ، فلا بناء ، وهما القولان بعينهما . وعلّة المصنف تقتضى عدم جريانها فيما إذا كان المعيب فيهما ، وسأعرض لذلك في بقية الكلام إن شاء الله تعالى . ثم إن النص المذكور عن الصلح يدل دلالة قوية على المنع مع القول بتفريق الصفقة ولم أذكر لفظه خشية التطويل مع ظهوره : فهو يرد التخريج على تفريق الصفقة والقول بالجواز مبني عليها إلا أن يكون لنا نص في موضع آخر على الجواز . في خصوص مسألة افراد المعيب ، ولم أقف عليه ، ولذلك قطع الشيخ أبو حامد بالمنع والذي يقول بالجواز هنا يقول فيما إذا اشترى شقصى دارين أنه يجوز للشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ، وقد يحتمل ذلك في شقص دار واحدة أن يأخذ بعضه ويدع بعضه . قاله صاحب التلخيص .

قال الراعى : والقولان مفروضان في العبدین ، وفي كل شيء لا تتصل منفعة أحدهما بالآخر ، فأما في زوجى خف ومصراعى باب ونحوهما فلا يجوز الافراد بحال ، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه ( قلت ) وجعله صاحب التتمة مرتباً ( ان قلنا ) هناك لا يجوز فهنا وجهان ، وبناهما على أصل آثار القاضى حسين إذا غصب فرد خف

قيمة الزوج<sup>(١)</sup> عشرة فتلف في يده ورجع قيمة الآخر الى درهمين ، حل يضمن خمسة أو ثمانية • ان قلنا : خمسة جاز له افراد أحدهما بالرد ، وان قلنا ثمانية فلا • واذا قلنا بالصحيح وانه لا يجوز الافراد ، فقال المشتري : رددت المعيب فهل يكون ذلك ردا لهما ؟ فيه وجهان (أصحهما) لا • بل هو لغو ولو رضى البائع بافراده جاز على الأصح • هكذا أطلق الراغبى الخلاف ، وينبغى اذا قلنا بجواز تفريق الصفقة ان يجوز قطعاً ، لأنه انما امتنع لضرر البائع وقد رضى • أما اذا منعنا تفريق الصفقة فيمتنع ، وان رضى • ولذلك قال الغزالي : انه أقيس الوجهين فيما اذا رضى المنع • قال : لأن استحالة تفريق الصفقة الواحدة لا يختلف بالتراضى ، وما ذكره الغزالي من أنه الأقيس جار على ما قرره من البناء على تفريق الصفقة ، وقد تقدم أن الراجح عدم البناء ، وأن الأولى أن يكون الخلاف مرتباً ، فكذاك الأصح الجواز اذا رضى ، وهو الذى نص الشافعى عليه فى كتاب الصلح •

والمشكل طريقة الماوردى فانه قطع بالجواز اذا رضى البائع مع بنائه القولين عند عدم رضاه على تفريق الصفقة ، ولو أراد رد السليم والمعيب معا على هذا القول المانع من الافراد جاز ، قال الامام : لم يختلف العلماء فيه ، وعلى القول الآخر المجوز للافراد (الأصح) الجواز ، وفيه وجه حكاه الامام والغزالي فى الوسيط أنه لا يردهما الا اذا كانا معيين ، وضعفه الراغبى • وحكى ابن يونس أن الغزالي قال : ( اذا قلنا ) لا يرد يطالب بالأرث ، وتعتبر القيمة يوم العقد ، واعترض الناس عليه بأنه ليس فى الوسيط — الا فيما اذا تلف أحد العبدین — والأرث يتعين فى مسألة التلف بخلاف هذه المسألة اذ يمكن •

( قلت : ) وهو كذلك ولا اتجاه لما قاله ابن يونس • نعم لو كان صاحب الوجه المذكور الذى يقول انه لا يردهما الا اذا كانا

---

(١) اذا اراد الشارح زوجين فانه لا يقال فى الفردین مجتمعين زوجا قال تعالى : « ثمانية أزواج » ولم يذكر الا أربعة اصناف فيكون اسم الفرد زوجا واسم الاثنين زوجين • واذا اراد واحدا على مذهب صاحب التاموس ان الزوج خلاف الفرد ، وفى المصباح : زوج نعال اثنين وزوجان أربعة ، وفى الوسيط : الزوج كل واحد معه آخر من جنسه • (المطيعى)

معيين يقول : انه لا يرد الميعب وحده اتجه عنده طلب الأرش ، لكنه ينفية قول الامام فيما اذا منعنا الافراد : انه لم يختلف العلماء في جواز رد الجميع ، فتعين أن يكون الوجه الذى فى الوسيط بمنع ردهما تفرعاً على جواز رد أحدهما وحينئذ لا وجه لطلب الأرش لامكان الرد . ولو أراد رد السليم وحده قطع الماوردى بأنه لا يجوز . وقال ابن الرفعة : انه لا خلاف فيه ، لأنه انما يجوز تبعاً ، وقد عقدت التبعية ، والله أعلم . واذا جوزنا الافراد فردة اشترط قسطه من الثمن بلا خلاف . وقد تقدم من الامام تعليله واعتراض ابن الرفعة عند الكلام فى العين الواحدة .

( فرع ) قال أبو حنيفة رضى الله عنه بالجواز فيما بعد القبض ، ووافق فيما قبله . واحتج من نصر قوله بأنه تم العقد فيهما ، وانفرد أحدهما بسبب الخيار ، وثبت فيه الخيار كما لو اشترى عبيدين واشترط فى أحدهما خيار الثلاث ونقض أصحابنا عليه ذلك بما قبل القبض ، أو وجد العيب فيهما ، أو كانا مصراعى باب وزوجى خف ، أو مما تتساوى أجزاؤه مثل كرين من طعام فان أبا حنيفة رحمه الله قال فى هذه المواضع الأربعة مثل ما قلناه .

والجواب على شرط الخيار فى أحدهما من وجوه بالنقض بالمسائل المذكورة وبأن صاحبه قد رضى بالتبعض لما شرط ، وبأن وصف تمام العقد لا تأثير له فى الأصل ، لأنه يجوز أن يرد الذى شرط فيه الخيار قبل القبض وبعده . فهذا الكلام فى ظهور العيب بأحدى العينين وهما باقيتان ، وهى مسألة الكتاب ، على أن اطلاق كلام المصنف رحمه الله يحتتمل أن يشمل هذه الصورة والصورة الثالثة التى سنذكرها . وهى اذا كان السليم تالفاً ، فان كان الأول وهو الظاهر ، فالأظهر من قولى الكتاب الأول ، وهو أنه لا يجوز الافراد وان كان الباقي (١) الأولى المنع وفى الثالثة الجواز كما (٢) ويرجح حمل كلام المصنف على

---

( ١ ، ٢ ) بياض بالأصل نحرر ، قلت : ولعل صورة المسائل هكذا :  
 « وان كان الباقي تالفاً فان الأولى المنع ، وفى الثالثة (١) الجواز كما قال المصنف » .

---

(١) والثالثة هى ما اذا كان الباقي سليماً فيجوز له والا فان الإبقاء على السليم (المطيعى)

العموم<sup>(١)</sup> القولين في الصورتين أن القاضي<sup>(٢)</sup> في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب<sup>(٣)</sup> سنذكره<sup>(٤)</sup> .

( الصورة الثانية ) وجد العيب بهما جميعا ، وهما باقياں فله ردهما قطعا ، وفي افراد أحدهما بالرد القولان السابقان . هكذا قال القاضي حسين والامام والرافعي وغيرهم . وقد تقدم التنبيه على أن كلام المصنف يفهم القطع بالمنع في هذه الصورة ، وإن كان ساكتا عن التصريح بها ، ولا شك أن الشيخ أبا حامد رحمه الله يقطع هذا بطريق الأولى ، وإنما النزاع في جريان الخلاف عند غيره . وقد نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الافصاح أنه لا يجوز افراد أحدهما بالرد اجماعا كالطعام الواحد .

( قلت : ) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي رحمه الله تقدم في المكيل والموزون أنه يرد بعضه على ما إذا كلنا باقيين ، فأولى بالجواز لتعذر ردهما ، فمن جوز هناك فهنا أولى ، ومن منع هناك أما قطعا كالشيخ أبي حامد وغيره حكاية القولين ، وبنوهما على تفريق الصفقة ، أن قلنا : يفرق جاز والا فلا ، والبناء هنا ظاهر ، والمراد بالتفريق المبنى على التفريق القهري أن منعه امتنع هنا ، وإن جوزناه جاز لوجود الضرورة ، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هنا أظهر ، والرافعي رحمه الله اقتصر في باب تفريق الصفقة على ترتيب الخلاف ، وأولوا به الجواز ، وليس في ذلك بيان الأصح .

وأعاد المسألة في باب الرد بالعيب ، ولم يتعرض لحكم رد الباقي هل يجوز أو لا ، وبما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز : لكن النص الذي سنذكره عن البويطي والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه . وهو ما يقتضى كلام الماوردي أنه

---

( ١ - ١ ) بياض بالأصل محرر : ولعل صورة المسائل هكذا : « ويرجح حمل كلام المصنف على العموم وفي كلا القولين في الصورتين أن القاضي حسين في حكاية القولين بين ما إذا كان العيب في أحدهما ، وما إذا كان فيهما وأحدهما تالف ولم يذكر الترتيب الذي سنذكره إن شاء الله تعالى » . هذا ما الهمني الله تعالى من تقديم العبارة وإنه أعلم سبحانه .  
( المطيعي )

الأصح ، ولعل الأصح عند الماوردي امتناع تفريق الصفقة ، والمراد بالتلف اما حسا واما شرعا ، فان جوزنا الافراد رد الباقي ، واسترد من الثمن حصته بلا خلاف ، وقد تقدم تعليقه عن الامام واعتراض ابن الرفعة بطريق التوزيع بتقدير العبددين سليمين وتقويمهما ويسقط المسمى على القيمتين . فلو اختلفا في قيمة التالف فادعى المشتري ما يقتضى زيادة الرجوع على ما اعترف به البائع فالأظهر عند القاضى أبى الطيب والرافعى والمصنف حيث ذكر في باب اختلاف المتبايعين أن القول قول البائع مع يمينه . أما بثمن ملكه فلا يرد منه ما اعترف به . وهذا القول نسيه القاضى أبو الطيب والرافعى الى نصه في اختلاف العراقيين ( والثانى ) أن القول قول المشتري لأنه تلف في يده فأنشبه الغاصب مع المالك اذا اختلفا في القيمة كان القول قول الغاصب الذى حصل اهلاك في يده ، وهذا القول في اختلاف العراقيين أيضا وقد رأيتهما فيه . ولكن هل هما تفريع على جواز الافراد أو على منعه ؟ فيه نظر سأنبه عليه في آخر الكلام . والاعتماد في حكايتهما هنا على نقل الأئمة . وقد اقتصر الرافعى رحمه الله وغيره على استرجاع حصة المردود من الثمن ، ولم يتعرضوا لشيء آخر . ولا شك أن التالف اذا كان معيبا أيضا يجب الأرش عليه لتعذر رده ، كما يجب الأرش اذا تلف المبيع كله وتبين عيبه ، وانما سكتوا عن ذلك احالة له على ذلك المكان واقتصارا على القدر المختص بهذا المكان .

وان لم يجز الافراد فقولان فيما حكاه القاضى حسين وطائفة ( ووجهان ) فيما حكاه آخرون واقتضى ايراد الرافعى والنسوى ترجيحه ( أصحهما ) عند الرافعى وغيره وهو الذى ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب في تعليقهما لا فسخ له ولكن يرجع بأرش العيب لأن الهالك أعظم من العيب ، ولو حدث عنده عيب لم يتمكن من الرد . وهذا هو الذى نقله الربيع في مختصر البويطى ، فعلى هذا ان اختلفا في قيمة التالف عاد القولان لأنه في صورتين يرد بعض الثمن ، الا أنه على ذلك القول يرد حصة الباقي . وعلى هذا القول يرد أرش العيب ، وهل النظر في قيمة التالف في صورتين الى يوم العقد أو يوم القبض ؟ فيه الخلاف الذى في اعتبار القيمة لمعرفة أرش العيب القديم ، وسيأتى ان شاء الله تعالى ( والأصح منه ) اعتبار أقل القيمتين .

(والوجه الثانى) أنه يضم قيمة التالف الى الباقي ويردهما ويفسخ العقد . قال الراغى وهو اختيار القاضى أبى الطيب ، واحتج له بأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المصرة برد الشاة بدل اللبن الهالك .

( قلت : ) ولم أر ذلك فى تعليقة القاضى أبى الطيب ، بل الذى فيها أنا اذا قلنا لا يرد رجع بالأرض كما تقدم عنه ، ولم يحك فيه خلافا ، وأنا ان قلنا له رده غيرده بحصته من الثمن .

قال : وقال بعض أهل خراسان : العقد على هذا القول فيهما جميعا ثم يرد الباقي وقيمة التالف ، ويسترجع كما فى المصرة ، قال القاضى أبو الطيب : وهذا خطأ ، ويخالف نص الشافعى ، لأنه نص على ذلك فى اختلاف العراقيين ، وقال : يرجع الى حصته من الثمن ، ثم فرغ عليه ، وذكر الاختلاف ، فالحجب من الراغى رحمه الله ، الا أن يكون القاضى أبو الطيب نقله عن بعض الخراسانيين كما رأيت ، لكنه جعله مفرعا على القول بالرد ، وحكاها الامام وغيره وجعله الغزالي والراغى رحمهما الله مفرعا على قول المنع كما تقدم .

ولا تنافى بينه وبين ما فعله أبو الطيب ، فان أبا الطيب يقول : ( ان قلنا ) لا يرده أى أصلا يرجع بالأرض ( وان قلنا ) يرده فهل يفرده ؟ أو يضم معه قيمة التالف ؟ فيه وجهان وهؤلاء يقولون : ( ان قلنا ) يفرده استرد القسط ، والا فهل يمتنع عليه الرد ، أو يضم معه قيمة التالف ؟ ( فيه وجهان ) فالكلامان راجعان الى معنى واحد ، وانما النزاع فى نسبة الراغى القول المذكور الى اختيار أبى الطيب ووافق الراغى على ذلك ابن الرغمة وزاد ابن الرغمة أن ابن الصباغ نقل القولين فى ذلك ، أعنى فى ضم قيمة التالف الى الموجود كما حكاها الامام وغيره ، ولم أر ذلك فى الشامل بل رأيت فيه ما يحتمل أن يكون سبب الوهم الذى عرض للراغى وتبعه هو عليه فى النقل عن أبى الطيب .

قال ابن الصباغ قال : حكى أبو الطيب عن بعض أهل خراسان أنه يفسخ العقد قال : وهذا هو السنة لحديث المصرة . ففعل الراغى طالع ذلك وظن أن الضمير فى قال لأبى الطيب وانما هو لبعض أهل

خراسان يبينه ما في تعليق أبى الطيب ، وقد تقدم الرافعى في ذلك العمرانى فنقل المسألة في الزوائد من الشامل . وزاد فقال : وقال القاضى : هذا هو السنة . قال ابن الصباغ : وهذا ليس بصحيح [ أنه ] هو القاضى ، وابن الصباغ ناقل عنه أو موافق له ، وبالجمله فالقول منصوص عليه في البويطى لأن في مختصر البويطى : ولو اشترى ثوبين في صفقة واحدة فقبضهما فهلك أحدهما وأصاب بالآخر عيبا غله أن يرد القائم وقيمة التالف ، ويرجع بأصل الثمن الذى أعطاه ، فإن اختلفا في القيمة فالقول قول البائع ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري ، وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الغائب ولا أقبل دعواه .

قال الربيع : وله قول آخر : اذا اشترى شيئين في صفقة واحدة فهلك واحد وأصاب بالآخر عيبا لم يكن له الى الرد سبيل من قبل أنه كان له أن يرد الشيء كما أخذ ، فلما لم يرده مثل ما أخذ كان لا رد له وليس أن ينقص عليه ما اشترى منه ، ويرجع عليه بقيمة العيب الذى وجدته في الثوب الباقي ، فهذا الكلام الذى في مختصر البويطى يقتضى اثبات قولين :

(أحدهما) يضم قيمة التالف الى الباقي ويردهما .

(والثانى) يمتنع الرد ويرجع بالأرش ، وهما هذان القولان اللذان غرناهما على عدم جواز الافراد . فهما متعاضان في منع الافراد كما قدمت لك أولا .

وقد تأملت نصه في اختلاف العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط . وانما قال : اذا اشترى ثوبين صفقة واحدة فهلك أحدهما في يده ووجد بالثانى عيبا واختلفا في ثمن الثوبين فالقول قول البائع مع يمينه ، من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري . والمشتري ان أراد رد الثوب يرده بأكثر الثمن ، أو أراد الرجوع بالعيب رجع به بأكثر الثمن . ولا نعطيه بقوله الزيادة . قال الربيع : وفيه قول آخر أن القول قول المشتري من قبل أنه المأخوذ منه الثمن . قال الشافعى

رحمه الله : اذا اشترى شيئين في صفقة فلهك أحدهما ووجد باآخر عيبا فليس الى الرد سبيل فيرجع بقيمة العيب لأنه اشترىهما صفقة • فليس له أن ينقضها •

( قلت : ) وهذا هو معنى ما في البويطى وليس فيه زيادة عليه الا القول الآخر الذى حكاه الربيع أن القول قول المشتري وآخر كلامه المذكور صريح في عدم الرد • وأول كلامه فيه احتمال لما قاله أبو الطيب • وما قاله في مختصر البويطى • وانما احتجت الى ذلك لقول القاضى أبى الطيب انه قال : يرجع الى حصته من الثمن • وهذا بحسب ما فهمه من اختلاف العراقيين من منع التفريق • والقاضى أبو الطيب نقله عنه بلفظ آخر صريح في التفريق • فلعل له في اختلاف العراقيين نصا آخر • وأبدى ابن الرفعة فيما حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين :

( أحدهما ) أنا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح بالتفريق فكيف يرد به ؟ وهذا قاله ابن الرفعة بناء على ما نقله القاضى أبو الطيب • ونقله ابن الرفعة عن ابن الصباغ اعتراضا عليه لكنك قد عرفت فيه النص بلفظ وليس فيه تصريح بالتفريق • ولو ثبت ذلك فالعذر عن أبى الطيب أنه لم يجعل ذلك تفريعا على منع التفريق حتى يعترض عليه بما ذكر ، بل انما قال : اذا جوزنا الرد كما تقدم النقل عنه فاذا نقل عن الشافعى رحمه الله أنه قال : مع الرد يسترجع القسط ، يكون ذلك ردا على من يقول : لا يسترجع القسط ، بل يضم القيمة عن التالف ويسترجع جميع الثمن ردا ظاهرا •

( والوجه الثانى ) من اعتراض ابن الرفعة على أبى الصيب أن اختلاف العراقيين قيل : انه من القديم ، وهذا بعيد لأن ذلك من رواية الربيع<sup>(١)</sup> عن الشافعى رضى الله عنه ، وان فرعنا على هذا الوجه

---

(١) والربيع بن سليمان المرادى وكذا الجيزى كلاهما من رواية الجديد ورواية القديم هم الكرابسى والزعفرانى وأبو ثور واحد من حنبل رضى الله عنهم أجمعين .  
(المطبعى)

وأنة يضم قيمة التالف الى الباقي ويردها فاختلفا في قيمة التالف فانتفون قول المشتري مع يمينه لأنه حصل التلف في يده وهو الغارم . وبه جزم القاضي حسين مع حكاية القولين في الصورتين الأوليين . قال : وكل موضع كان الغارم هو المشتري فالتلف قوله ، وكل موضع كان الغارم هو البائع فعلى القولين ، وفي التتمة حكاية وجه آخر أن القول قول البائع لأن المشتري يريد ازالة يده عن الثمن الملوک له وذكر في الروضة أنه شاذ .

( قلت ) في مختصر البويطى بعد أن قال : انه يرد القائم وقيمة التالف ، قال : فان اختلفا في القيمة فالتلف قول البائع من قبل أن الثمن كله قد لزم المشتري ، وهو يريد اسقاط الشيء عنه لما يدعى من كثرة قيمة الفائت ولا أقبل دعواه ، وهذا يدل على الوجه الذى قاله في التتمة بل هو هو . والقيمة هنا معروغة واعتبارها بيوم التلف على الأصح فليس كما تقدر على القدر الآخر حيث يعتبر أقل الثمنين على الأصح . أشار اليه الامام في باب التخالف .

( فرع ) اذا ظهر العيب بالتالف فقط لم يرد الباقي قطعا ، ويرجع بأرث التالف .

( فرع ) لو ظهر العيب بأحدهما أو بهما بعد بيع أحدهما فقد جمع الراغى بين ذلك وبين ما اذا كان أحدهما تالفا ، وجزم به الشيخ أبو حامد هنا أيضا بامتناع الرد . لأنه لم يحصل اليأس من الرد ، وقد تقدم غيما اذا كان المبيع واحدا وخرج بعضه عن ملكه أن الصحيح امتناع رد الباقي فاشتركت صورة التلف وصورة البيع في الترتيب ، على ما اذا كانا باقيين كما قال الراغى رحمه الله ، لكن الصحيح في الأولى الجواز . وفي الثانية المنع . وهذا الذى ذكرناه اذا باع أحدهما وكانا معيين أو باع الصحيح ، وبقي المعيب .

( أما ) لو باع المعيب وبكى الصحيح فلا يرد الباقي الآن قطعا . والكلام في الأرث على ما مر وتحقيق الصحيح في ذلك يتوقف على

تحقيق العلة فيما اذا باع البعض هل هو عدم اليأس أو غيره ؟ وسيأتي ان شاء الله ذلك بعد ثلاثة فصول •

( فرع ) استثنى صاحب التلخيص من وجوب الأرض على القول بمنع الافراد مسألة واحدة وهي أن يكون قد باع أحدهما ، قال : ينظر ، فان كان صحيحا لم يدلس فيه بعيب لم يرجع بنقصان العيب ، وان كان معيبا ففى هذا الموجود قولان ( أحدهما ) يرجع بنقصان العيب ، والآخر ليس له الرجوع •

( قلت ) لعل مراده ان كان المبيع صحيحا من عيب حادث عند المشتري ولم يدلس فيه على المشتري الثانى لشيء حدث عنده فليس له الرجوع بالأرض لعدم اليأس من رجوع المبيع اليه ، ويردهما معا ، وذلك يوافق ما قاله الشيخ أبو حامد ، وهو يجيء على المذهب على ما سيأتى خلافا لأبى اسحاق وان كان معيبا بعيب حدث عنده ففى رجوعه بأرض العيب فى الثانى قولان . كما لو تلف أحدهما أو أعتقه بناء على تفريق الصفقة •

( فرع ) بما ذكرناه يتبين أن الخلاف فى الجميع ، ولكنها مراتب ففى العبدین اذا كان أحدهما تالفا ، الجواز قوى جدا ودونه اذا كان أحدهما معيبا ، والخلاف فيه قوى أيضا ، وان كان الأصح فيهما المنع ، ودونه اذا كانا باقيين فى ملكه ، والعيب بأحدهما ودونه اذا كانا باقيين ، والعيب بهما ودونه فى العبد الواحد اذا باع بعضه ، ودونه فى العبد اذا كان كله باقيا فى ملكه : فهذه ست مراتب لا يرد على الصحيح الا فى الأولى •

( فرع ) حكم نقص أحدهما حكم تلفه وعتقه وبيعه . قال صاحب التلخيص : وينبغى أن يكون كذلك ما لم يرض البائع بأحدهما مع النقص الحادث ، فيصير كما لو لم يكن نقص •

( فائدة ) أكثر الأصحاب يطلقون توزيع الثمن على العبدین باعتبار قيمتهما والرافعى فى هذا الباب قبل باعتبار قيمتهما الى سليمين •

ولا يتأتى غير ذلك إذا كان المشتري جاهلا بالعيب . فانه انما بذل الثمن على ظن السلامة ، ولو وزعنا الثمن عليهما على ما هما عليه من العيب أدى ذلك الى خبط وفساد دل عليه الامتحان ، فالصواب تقدير السلامة كما ذكره الراغبي هنا وهي فائدة عظيمة نافعة في مسائل :

( ومنها ) في الشفعة حيث يأخذ الشخص بقسطه من الثمن وغيرها من المسائل •

( ومنها ) في المراجعة اذا وزع الثمن فيجبر بما يخصه من الثمن بوصف السلامة ، ويجبر بالعيب الذى ظهر له ، ولا يجوز أن يجبر بقسطه من الثمن باعتبار العيب •

( ومنها ) مسألة تقدمت في الربا في الصرف ، اذا باع دينارين بدينارين فخرج أحدهما معيبا اختار القاضى أبو الطيب وجماعة البطلان ، لأنه تبين أنه من قاعدة مد عجو ، وأطلق الشيخ أبو حامد وجماعة الصحة واستشكله في ذلك الباب ، وانتدبت له مأخذا بعيدا ، وبهذه الفائدة هنا يترجح ، فظهر مأخذ حسن يحمل عليه ويتمسك به فبه ، ويقوى على أى طالب لأن الفساد في قاعدة مد عجو من جهة التوزيع ، والتوزيع ههنا لا يقتضى المفاضلة اذا وزع باعتبار السلامة ، وانما يقتضى اذا وزع عليها باعتبار العيب •

( ومنها ) في تفريق الصفقة في الدوام اذا تلف أحد المبيعين قبل القبض •

( ومنها ) في غير ذلك ، ولا تخفى الفروع بعد بيان القاعدة ، وهي قاعدة مهمة يجب الاعتناء بها وملاحظتها في مسائل كثيرة في أبواب متعددة •

( فرع ) لا خلاف أنه لو ظهر العيب بالتالف وحده فليس له الرد : لأن التالف لا يقبل الفسخ مقصودا أو مسوغا ، وانما صح الفسخ

في التالف تبعا ، قاله القاضي حسين ، وانما ذكرته وان كان واضحا لئلا يتوهم أن بقاء السليم مسوغ لورود الرد على المعيب في الصفقة التي شملته ، وليس لتكلف المبيع جملة اذ لا مورد أصلا . فلذلك نهبت عليه .

( المسألة الثالثة من مسائل الكتاب ) اذا اشترى اثنان من واحد عينا ووجدا بها عيبا وأراد أحدهما امساك حصته والآخر رد حصته ، جاز على القول الظاهر المنقول عن نصه في كتبه الجديدة ومعظم كتبه القديمة ، وبه قال أحمد ومالك في رواية ، وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى . ومنه أخذ الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، وهو الأصح ، ووجهه بأنه رد جميع ما ملك مجازا كالمشتري الواحد . قال الشافعي رحمه الله تعالى في المختصر : ولو أصاب المشتريان صفقة واحدة من رجل تجارية عيبا فأراد أحدهما الرد والآخر الامساك فذلك لهما ، لأن المهود في شراء الاثنين أن كل واحد منهما يشتري النصف بنصف الثمن . انتهى .

( والقول الثاني ) ويحكى عن رواية أبي ثور عن القديم وقال أبو داود : انه مرجوع عنه . وبه قال أبو حنيفة انه ليس له الانفراد بالرد ، لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملا والآن يعود اليه بعضه ، وبعض الشيء لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله ، وربما أوردوا ذلك بعبارة أخرى فقالوا : خرج عن ملكه مجتمعا أو صفقة واحدة . ومن هذا القول أخذ أن الصفقة وان تعدد المشتري متحدة على ما قاله الامام ، لكن الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون أن الصفقة متعددة ، وبذلك منعوا من قال : خرج عن ملكه صفقة . ومنعوا أيضا من قال : خرج مجتمعا أشار المصنف رحمه الله في استدلاله من قوله : ان البائع فرق الملك في الايجاب . أى فلم يخرج مجتمعا . وأما من قال : كلامك ان أريد بصفة الكمال فهي معنى . وان أريد التأكيد فلا يفيد . ومن هنا نعلم أن المصنف رحمه الله جازم بأن الصفقة متعددة .

واعترض القائلون باتحادها وامتناع الانفراد بالرد ، ما لو قال : بعتهما هذا العبد بألف ، فقال أحدهما : قبلت نصفه بنصف الثمن ،

وبما اذا أحضر أحدهما نصف الثمن وأراد اجبار البائع على تسليم نصف العبد ، وبأن الشركة عيب . وأجاب الأصحاب عن الأول بأن عندنا في المسألة وجهين ( أحدهما ) يصح وهو الذى جزم به القاضى أبو الطيب وجماعة من العراقيين ، وأنه يلزم البيع فى حقه سواء قبل صاحبه أو رده ، وقيل ان للشافعى رحمه الله نصا فى الخلع يشهد له وقال الامام : انه الأظهر فى القياس ، ورجحه الرويانى فى الحلية ( والثانى ) وهو الأصح عند طائفة منهم الراغى ، وهو الأظهر فى النقل على ما قاله الامام لا يصح ( وان قلنا ) بالتعدد فان صيغة ايجاب البائع تقتضى جوابهما ، فكانها مشروطة بأن يجيباه معا ، فليس ذلك من حكم العقد ، وانما هو من مقتضى اللفظ عرفا . وفى هذا نظر من جهة أن اشتراط ذلك يقتضى الفساد .

وعن الثانى أن الحكم عندنا أن البائع يجبر على تسليم نصيبه ، وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب اختلاف المتبايعين ان شاء الله تعالى .

وعن الثالث بأن البائع هذا الذى شرط بينهما ، فلم يكن هذا العيب حادثا فى يد المشتري ، وقد عرفت بما ذكرته أن استدلال المصنف رحمه الله أمس بكلام المخالف من استدلال غيره بأنه رد جميع ما ملك ، وان كان الكل صحيحا . وقوله كما لو باع منهما فى صفتين ، أى متعدتين لفظا ، فان هذه متعددة حكما لا لفظا .

وقال القاضى حسين : الأولى أن يفرض الكلام فيما لو مات أحد المشتريين والبائع وارثه ، أو عاد الى البائع نصيب أحدهما بالبيع أو بالهبة كى يسقط على كلامهم أن الشركة عيب ، ووافق أبو حنيفة رحمه الله على أنه اذا اشترى رجلان شقصا من واحد ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما بالشفعة . وهذا الذى التزمه الأصحاب من أن العقد متعدد هو المشهور .

وقال أبو الظفر ابن السمعانى : ان هذه طريق سقيمة لا يمكن تمشيتها ، ومن اعتمد عليها فلضعفه فى المعانى ، لأن قوله : بعت منكما

في جانبه كلمة واحدة • نعم في جانب المشتري هي بمنزلة عقدين ولو جاز أن نجعل عقدين لتعدد المشتري لجاز ذلك لتعدد الجميع •

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة ، لكن يجوز لأحدهما أن يرد ، لأن الخيار ثابت لهما ، وهو حق مشروع ؟ فيمكن من استيفائه على وجه لا يؤدي إلى تفويت واسقاط بعدم مساعدة الآخر له • وأجاب عن كون الشركة عيباً بأن التي كانت بين المشتريين قد زالت ، والتي وجدت بين البائع والمشتري إنما وجدت بعدم الرد ، والرد لا يعيب المبيع لكن يعيده إلى ملك البائع ، ثم الشركة تنبت باختلاف الملك فلا يكون العيب الذي هو معطل الرد سابقاً لعلته ، وما قاله أولاً لا يمكن تمثيسته ، فإن من مقتضاه أن أخذ الوارثين لمشتري العين الواحدة مستقل بالرد ، وليس كذلك لما سيأتي أن شاء الله تعالى ، وما قاله ثانياً وإن كان محتملاً فيمكن الانفصال عنه • وقد ظهر لك بما تقدم أننا إن قلنا باتحاد الصفقة منعنا انفراد أحدهما بالرد ( وإن قلنا ) بالتعدد فقولان ( أحدهما ) المنع لضرر التبويض ، هذا إذا نظرت إلى التعدد والاتحاد أولاً فلك أن تجعل القولين أولاً في الانفراد فأحرزنا ، فمن ضرورته تجويز التفريق ، وإن منعنا الانفراد هل ذلك لحكمنا بالاتحاد أو لضرر التبويض ؟ وإن كانت الصفقة متعددة ففيه وجهان ، وهذه الطريقة أوفق لكلامهم ، والأصح من الوجهين الثاني لما سيأتي من كلام البويطى •

التفريع على هذين القولين أن جوزنا الانفراد ، فأنفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما ، ويخلص للممسك ما أمسك وللراد ما استرد ، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد • حكى القاضي الماوردي فيه وجهين ، قال الراغبى : أحدهما أولهما • قلت والوجه الثاني بعيد جداً ، وكيف يقال إن نصف العبد الذي أمسكه الممسك يكون بينه وبين الراد والراد لم يبق على ملكه شيئاً ، وكيف يقال إن نصف الثمن الذي استرجعه الراد يأخذ الممسك نصفه وهو لم يرد شيئاً ؟ ووجه الماوردي أنه لم يكن بينهما قسمة • وهذا توجيه ضعيف • لأن ذلك يكون في المعين لا في المشاع ، فإن النصف المشاع المردود مختص بالراد قطعاً ، وحمله ابن الرفعة على ما إذا كان الثمن مشتركاً

بينهما ، وهذا الحمل قد يقال : انه يصح معه الاشتراك في المسترد من الثمن ، أما بقاء الشركة في نصف العبد الباقي فلا والتحقيق أنه لا تصح الشركة في المسترد من الثمن أيضا لأن الثمن الذي كان مشتركا بينهما ملكه البائع ثم انتقض ملكه في نصفه الشائع المختص بالراد بحكم رده ويقسمه الراد والبائع وهو قسمة جديدة وارادة على ملكيهما ، وليس للممسك فيها حظ ، ونصفه الشائع لم ينقص الملك في شيء منه . فلا وجه لهذا الوجه أصلا .

نعم : قد تقدم لنا عن صاحب التقريب شذوذ في جواز رد بعض العين الواحدة ، فعلى ذلك اذا قال الراد : رددت النصف ولم يعين أنه نصفه ، وقتلنا بأن هذه الصيغة تحمل على الاشاعة كما هو في العتق وغيره على أحد الوجهين فيصح الرد في نصف نصيبه ، ولكن لا يبقى نصيب الممسك مشتركا ولا المسترد من الثمن مشتركا لعدم صحة الرد في نصيب شريكه ، بل يبقى للراد ربع العبد وللممسك نصفه ، ويسترد الراد ربع الثمن ، وبالجمله فهذا الوجه الى الغلط أقرب . ومن التفرع على هذا القول أنه لا يلزم الراد ضم أرش التبعض الى ما يرد ، لأن البائع الذي أضر بنفسه ، قاله الامام .

وان منعنا الانفراد فذاك فيما ينقص بالتبعض ( أما ) ما لا ينقص كالحبوب ففيه وجهان مبنيان على أن المانع ضرر التبعض أو اتحاد الصفقة ، فعلى الأول يجوز وعلى الثاني يمتنع وهو الذي جزم به القاضي حسين ، والتعليل الأول يمنع أخذ اتحاد الصفقة من هذا القول ، والوجهان المذكوران بينهما حكاها المرافعي والامام ، وقد تقدم عن نصه في البويطي جواز ذلك في المشتري الواحد ، ففي المشتريين أولى ، ولذلك أصلح بعضهم بعض نسخ التنبيه ، وجعل أن اشترى اثنان عبدا ، ولفظ مختصر المزني شاهد له ، ونقله بعضهم عن المختصر لسعة مكان جارية ، فيكون شاهدا للنسخ المشهورة ، ويكون كلام البويطي الذي حكاه مفيدا لذلك .

وهذا اذا لم يقسماه ، فان اقتسماه فكذاك عند الامام ، وفيه غرض المسألة وبناءه القاضي حسين فيما نقله ابن الرفعة على الخلاف

في القسمة ان قلنا افراز ( وان قلنا ) بيع فكما لو اطلع على العيب بعد بيع بعضه . هكذا نقل ابن الرفعة عن القاضي ، ولم أره في تعليقه هكذا ، لكنه لو قال فيما لو اشترى مشاعا كنصف عرصه ثم قاسم المبيع ثم وجد عيبا قديما ان قلنا القسمة افراز له الرد . والا فلا . كما لو باع بعض المبيع ، قال : وفيه نظر .

( قلت : ) اما البناء على أن القسمة افراز أو بيع فمتمجه متعين ( وأما ) منع الرد اذا قلنا : انها بيع فيما اذا قاسم البائع فمشكل على القاضي حسين لأنه تقدم عنه أن المذهب فيما اذا باع بعض العين من البائع أنه يرد غينبغي أن يكون هنا ، الصحيح الرد على البائع اذا قاسمه على القولين ، وذكر القاضي في الفتاوى اذا اشترى شقصا من ربع وقاسم شريكه ثم وجد به عيبا قال ( ان قلنا ) القسمة افراز له الرد ( وان قلنا ) بيع فهو باع نصف ما في يده بنصف ما في يد شريكه . فيرد النصف الذي يملك من الشريك عليه ، فاذا رد يعود اليه النصف الذي يملك منه الشريك ثم يرد الكل بالعيب ، والا يبطل حقه ، لأن الرد يعقبه فسخ العقد لاختلاف الملك . قال : وعلى هذا لو اشترى عبدا بدراهم ، وباعه بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا فرده واسترد العبد وبه عيب قديم . فان كان قد علم به وهو في يد المشتري الثاني له أن يرد ، لأنه قصد رد الثوب ، والعبد عاد لا باختياره . وفيه وجه أنه لا يرد ، لأنه برد الثوب اختار ملك العبد معيبا .

( قلت : ) هكذا قال القاضي ، وهو على رأيه الذي سنذكره فيما اذا باع المعيب ثم اشتراه عالما بعيبه أنه لا يرده على الأول ، والصحيح خلافه ، ولو أراد الممنوع من الرد الأرض . قال الامام : ان حصل اليأس من امكان رد نصيب الآخر بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرض . وان لم يحصل نظر ان رضى صاحبه بالعيب فيبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن . هل يجبر على قبوله كما في مسألة النمل . وفيه وجهان ( ان قلنا ) لا . أخذ الأرض ( وان قلنا ) نعم . فكذا في أصح الوجهين . لأنه توقع بيعه . وان كان صاحبه غائبا لا يعرف الحال فغنى الأرض وجهان عن حكاية صاحب التقريب من جهة الحيلولة الناجزة .

وقد بقى مسائل من هذا النوع لم يذكرها المصنف .

( منها ) اذا تعدد البائع ، كما لو اشترى واحدا عينا من رجلين ، فله رد نصف المبيع على أحد البائعين ، وقاله القاضى حسين وغيره ، فان الصفقة تتمدد بتعدد البائع قطعا ، ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيه ، ولو اشترى واحد شقصين من رجلين فهل للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) نعم للتعدد ( والثانى ) لا ، للضرورة . قاله أبو حنيفة رحمه الله ، وقد تقدم مذهبنا ومذهب خيما اذا تعدد المشتري . قال القاضى حسين : فمذهب أبى حنيفة فى الشفعة على عكس مذهب فى الرد بالصيب .

( ومنها ) اذا تعدد العاقدان بأن اشترى رجل عينا من رجلين فهو فى حكم أربعة عقود . وكان كل واحد منهما اشترى ربع المبيع من هذا والربع من ذلك . فله أن يرد نصيب أحد البائعين . وكذلك لصاحبه ، قال القاضى حسين وغيره . ولو اشترى ثلاثة أنفس من ثلاثة أنفس عبدا لكل واحد من الثلاثة أن يرد بيع العبد على كل واحد من البائعين الثلاثة ، لأن حكمها حكم العقود التسعة ، قاله الماوردى .

( ومنها ) اذا تعدد العقود عليه والعاقد معا بأن اشترى رجلان عبيدين من رجلين فلكل واحد منهما رد الربع من العبيدين على كل واحد من البائعين ، وهل له رد الربع من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين فى تفريق الصفقة فى الرد . هكذا قال القاضى حسين .

وقال أيضا فى الصورة المذكورة بعينها فى هذا الموضع بعينه : هل لكل منهما رد النصف من أحدهما على أحد البائعين ؟ على القولين . هكذا رأيت فى النسخة ، وكأنها غلط ، والصواب أن يقال على البائعين اسقاط أحدهما فان كل واحد من المشتريين اشترى النصف من البائعين لا من أحدهما ، والتحقيق فى ذلك أن يقال : لهما رد العبيدين على البائعين قطعا ، ورد نصفهما على أحد البائعين قطعا ، وهل لأحدهما رد نصفهما على البائعين ، أو ربيعهما على أحد البائعين ؟ فيه الخلاف خيما اذا اشترى اثنان من واحد ، وهل لأحدهما رد الربع من أحدهما

على أحد البائعين على قولي التفريق فيما إذا اشترى عبيدين من واحد ،  
هذا إذا كان كل من العبيدين مشاعا بين البائعين •

( ومنها ) إذا كان أحد العبيدين لهذا ، والآخر لذاك ، وجما  
بينهما في الصفقة وجوزناه على أحد القولين ، فهل له رد أحد العبيدين  
بالعيب أن جوزناه فيما إذا كانا لواحد فبهنا أولى والا فوجهان ،  
والفرق أنه رد عليه جميع ما ملك من جهته ، قاله القاضي حسين ،  
وقد تقدم عنه وعن غيره أنه يرد نصف العين الواحدة على أحد  
البائعين ، فالقول هنا بأنه لا يرد بعيد •

( ومنها ) إذا اشترى رجل عبيدين من رجلين مشتركين بينهما ، فله  
أن يرد على أحدهما نصفي العبيدين ، وليس له أن يرد نصفي العبيدين  
عليهما ، ولو أراد رد نصف أحد العبيدين على أحدهما فعلى قولين • ولو  
أراد رد ربع العبيدين عليهما أو على أحدهما لم يجز بحال • قاله القاضي  
حسين • قال : والحد فيها أن فيما هو الخير يثبت الخيار وفيما هو  
الشر وجهان •

( ومنها ) اشترى اثنان عبيدين من واحد فحكمهما ظاهر فيما تقدم  
أنهما (١) رد العبيدين قطعا ولأحدهما رد حصته منهما على الأصح  
كأحد المشتريين الواحد ، وليس له رد نصف العبد الواحد على الأصح  
كأحد العبيدين مع المشتري الواحد ، ولم أرها مسطورة •

( فرع ) جملة المسائل المذكورة ترجع الى ثمانية أقسام ،  
أن يتحد الجميع • أو يتعدد المبيع فقط أو المشتري فقط • وهذه الثلاثة  
مذكورة في الكتاب ، أو يتعدد البائع فقط أو البائع والمبيع • أو البائع  
والمشتري • أو المبيع والمشتري أو يتعدد الجميع • ووجه أنه  
أما أن يتعدد الجميع أو يتحد الجميع • أو يتحد واحد فقط أو يتعدد  
واحد فقط • وفي كل من القسمين الآخرين ثلاثة •

---

(١) كذا في ش و ق والراجح لضبط السياق : « أن لهما رد ... »  
(الطبعي)

( فرع ) لو اشترى شيئا واحدا في صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة أخرى من ذلك الرجل أو من غيره جاز له رد أحد النصفين بالعيب دون الثاني بلا خلاف لتعدد الصفقة .

( فرع ) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان عن كل واحد وكيل واحد . أما إذا عقد بالوكالة وحصل التعدد في الوكيل أو في الموكل . فهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعقد أو المعقود له ؟ فيه أوجه ( أصحابها ) عند الأكثرين أن الاعتبار بالعقد ، وبه قال ابن الحداد ، لأن أحكام العقد تتعلق به وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل ، ويعتبر رأيه دون رؤية الموكل .

( والثاني ) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل . قاله أبو زيد والخضرى ونسبه بعضهم إلى أئمة العراق . وهو الأصح في الوجيز .

( والثالث ) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعقد . قاله أبو اسحاق المروزي ونسبه الروياني إلى القفال . والفرق أن العقد يتم في الشراء بالمباشر دون المعقود له . ولهذا لو أنكر المعقود له الاذن في المباشرة وقع العقد للمباشر بخلاف طرف البيع . قال الامام رحمه الله : وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل في الشراء في الذمة فان وكله بشراء عبد بثوب معين فهو كالتوكيل بالبيع .

( والرابع ) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل ، وفي البيع بهما جميعا ، فأيهما تعدد تعدد العقد اعتبارا بالشقص المشفوع ، فان العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع ، ولا يتعدد بتعدد الوكيل حتى لو اشترى الواحد شقضا لاثنتين ، فللشفيع أخذ حصّة أحدهما بالفلس ولو اشترى وكيلان شقضا لواحد لم يجز للشفيع أخذ بعضه ، وفي جانب البيع حكم تعدد الوكيل ، والموكل واحد ، حتى لو باع وكيل رجلين شقضا من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه ، وإذا ثبت ذلك في الشفعة ثبت في سائر الأحكام .

قال صاحب التتمة : وهذا أبعد الطرق ، لأن في باب الشفعة

يأخذ من المشتري فإذا أخذ نصف ما في يده أضربه ، وههنا يرد على البائع ، فإذا تعدد البائع ورد على أحدهما ما كان له لم يتضمن ضررا ، وإذا تعدد الوكيل واتحد البائع فرد عليه نصف ماله تضمن ضررا ، وهذا الذي قاله صاحب التتمة صحيح ، ومدرک الشفعة غير مدرک هذا الباب ، ولذلك نقول في الشفعة : ان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري جزما ، وفي البائع خلاف عكس ما في هذا الباب ، ففي كل باب ينظير الى المعنى المختص بذلك الباب •

(والخامس) اذا كان الوكيل من جهة المشتري فالعبرة بالموكل ، وان كان من جهة البائع فالعبرة بالعائد ، وهذا بالعكس مما قاله أبو اسحاق حكاه القاضي حسين في تعليقه ، وهو مغاير لما حكاه صاحب التتمة ، فهذه خمسة أوجه في تعدد الصفقة واتحادها اذا جرت بوكالة ، ونقل صاحب التتمة عن القفال فيما اذا وكل رجلان رجلا فاشترى لهما عبدا •

قال : وقال القفال : ان كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فإلحدهما أن يرد نصيبه وان كان البائع يعتقد أنه يشتري لنفسه أو اعتقد أنه وكيل لواحد فليس لأحدهما أن يرد النصف ، وهذا ليس وجها سادسا في التعدد والاتحاد ، بل تفريع على القول بالتعدد ، وهكذا يقتضيه كلام القاضي حسين وغيره ، وعلى هذا مأخذه رضا البائع بالتبويض وعدمه ، وهو من نص الشافعي رحمه الله في الرهن اذا اشترى رجل له ولشريكه عبدا ورهن الثمن عينا مشتركة ، ثم وفر أحد الشريكين نصيبه من الثمن انفك نصيبه من الرهن على أحد القولين ، وهل للبائع الخيار بخروج بعض الرهن عن يده قبل كمال حقه ؟ •

قال الشافعي رحمه الله : ان كان البائع عالما بأنه يشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له ، وان كان يعتقد أنه اشترى لنفسه على الخصوص أو لشريكه ، وأن الرهن لواحد فله الخيار ، وكذلك في هذه المسألة ولا دليل في ذلك ، على أن القفال يقول بالتعدد لتعدد الوكيل في الشراء ، ولا يخالفه ، كما تقدمت الحكاية عنه في موافقة أبي اسحاق ، ولكن مأخذه ما ذكره ، وانما ذكرت ما قاله

مع الأوجه في تعدد الصفقة واتحادها . لأننا نحتاج اليه في هذا المكان ،  
اذ المقصود ههنا ما يترتب على هذا الأصل من الفروع في الرد ،  
ولابد من التفريع عليه ، وقد يجيء في بعض الفروع بسببه ستة أوجه ،  
وضعف القاضي حسين قول أبي اسحاق ، ورأى أن الصحيح مأخذ  
ابن الحداد ومأخذ أبي زيد ، وأن أصلهما أن وكيل الشراء هل يطالب  
بالثمن ؟ ووكيل البيع هل يطالب بتسليم المبيع ؟ •

( فروع ) على هذا الأصل ( منها ) لو اشترى وكيل لرجل  
شيئاً فخرج معيياً فإن قلنا بالأصح وهو اعتبار العاقد مطلقاً ، أو لقول  
أبي اسحاق ، فليس لأحد الوكيلين أفراد نصيبه بالرد ، وبه قطع  
الماوردي ، وقابسه جماعة على ما لو اشترى ومات عن اثنين وخرج  
معيياً لم يكن لأحدهما أفراد نصيبه بالرد ، وهل لأحد  
الموكلين والاثنين أخذ الأرش ؟ سيقع التعرض له ان شاء الله  
تعالى عند ذكر المصنف مسألة الاثنين في آخر الفصل  
ان شاء الله تعالى ، فهذا اذا قلنا بقول ابن الحداد وهو الأصح ،  
ويوافقه هنا قول أبي اسحاق ، وان قلنا بقول أبي زيد جاز لكل من  
الموكلين أفراد نصيبه بالرد ، وكذلك على الوجه الذي حكاه صاحب  
التتمة ، والوجه الذي حكاه القاضي حسين على رأى القفال يفرق بين  
علم البائع وجهله ان علم جاز لأحدهما أن يرد نصيبه ، وان جهل  
فلا لأنه لم يرض بتبعض الملك عليه كذلك تقدم عن صاحب التتمة ،  
وقاله القاضي حسين وصاحب التهذيب ولم يعينا قائله ، فحصل في  
هذا الفرع ثلاثة أوجه •

( ومنها ) لو وكل رجلان ببيع عبد لهما ، أو وكل أحد الشريكين  
صاحبه فباع الكل ، ثم خرج معيياً ، هل الأصح وهو قول ابن الحداد :  
لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟ وعلى الثلاثة الأوجه الآخر  
يجوز ، وعلى الخامس يقتضى أن لا يجوز • وحكى الماوردي الوجهين  
هنا مع قطعه بالمنع أن التوكيل بالشراء كما تقدم يخالف بين الصورتين ،  
وهو يقتضى طريقة بأن العبرة في جانب الشراء بالعاقد ، وفي جانب  
البيع وجهان ، ولذلك أبدت فيما تقدم نظراً في قول من نسب قول  
أبي زيد الى أئمة العراق •

( ومنها ) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل ، فعلى الوجه الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ، وعلى الأوجه الأربعة الأخر لا يجوز •

( ومنها ) على ما قاله الرافعي : لو وكل رجلان رجلا في شراء عبد ، أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه ففعل وخرج العبد معييا ، فعلى الوجه الأول والثالث ليس للموكلين أفراد نصيبه بالرد ، وعلى الثاني والرابع يجوز •

وقال القفال : ان علم البائع أنه يشتري لهما فلا أحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتبعض وان جهله ، قلت : وهذا الفرع هو الأول بعينه ، وقد تكرر ذلك في الشرح والروضة • وأظن الحامل على ذلك أن صاحب التهذيب ذكر هذا الفرع كما هو هنا ، وذكر الحكم فيه بالرد ثم أعاده لأجل الكلام في الأرض ، وغير عبارته فقال : اذا اشترى رجل بوكالة رجلين لهما شيئا فذكرهما الرافعي بالعبارتين وقدم الثاني على الأول ، وذكر حكم الرد في الموضعين ، وكان يستغنى بالأول عن الثاني • وتبعه في الروضة على ذلك ، والله أعلم •

( فرع ) نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولموكله ، وصرح بذلك في العقد ، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد ؟ فيه وجهان • واختيار أبي اسحاق لا • • والثاني وهو الأصح وبه قال ابن أبي هريرة نعم • • لأنهما بالذكر صارا كما لو بائرا ، حكاه صاحب البحر والقاضي أبو الطيب في كتاب الشركة •

( قلت : ) وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا ( والأصح ) ما ذكره هنا ، لأن الأصح أن الوكيل مطالب بالعهد وان صرح بالمباشرة •

( ومنها ) لو وكل رجلان رجلا في بيع عبد ، ورجلان رجلا في شراء ، فبتبايع الوكيلان فخرج معييا ، فعلى الأوجه ( الأول ) لا يجوز التفريق ، وعلى ( الثاني ) و ( الرابع ) يجوز فليهما أن يردا على أحد البائعين نصف العبد ، ولأحدهما أن يرد النصف عليهما ، وله رد الربع

من أحدهما لأنه جميع ما يملكه عليه ، وعلى ( الثالث ) في جانب المشتري متحد دون البائع ، فيكون حكمه حكم الواحد يشتري من رجلين ، فلهما أن يردها نصيب أحد البائعين ، وليس لأحدهما أن يرده نصيبه عليهما ، وعلى ( الخامس ) يقتضى أنه كما لو اشترى اثنان من واحد عكس الثالث ، فلكل من الموكلين في الشراء رد حصته بكمالها ، وليس له رد نصفها على أحد الموكلين في البيع وعلى ما قاله القفال يفرق بين العلم والجهل كما تقدم ، فهذه خمسة أوجه في هذا الفرع .

وصاحب التتمة حكى فيه خمسة أوجه أيضا ، لكنه لم يملك الوجه الذى قاله القاضى حسين ، وإنما ذكر الوجه الذى تقدمت حكايته عنه ، والذى يظهر في هذا الفرع أنه يتجه التفريع عليه ، وعلى الثانى كما قدمت .

وأما الراغى رحمه الله فإنه اختصر جدا . وقال : فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق ، وعلى الوجه الآخر يجوز ، هكذا رأيته في النسخة ، الوجه الآخر والمراد به قول أبى زيد ، ويكون قد يدل التفريع على بقية الوجوه الأربعة التى ذكرها في الروضة وبعض نسخ الراغى ، وعلى الأوجه الأخرى يجوز ، فمقتضاه أنه يجوز على الوجه الثانى والثالث والرابع . فأما جوازه على الثانى والرابع فصحيح على إطلاقه كما تقدم . وأما على الثالث فليس على إطلاقه وقد تقدم بيانه .

( ومنها ) وكل رجل رجلين في بيع عبد ، وكل رجل آخرين في شراء ، فتبايع الوكلاء ، فعلى الوجه الأول يجوز التفريق . قال الراغى والنووى : وعلى الوجوه الأخرى لا يجوز ، والأمر كما قالاه على الوجه الثانى مطلقا . وأما على الثالث فيكون كما لو اشترى اثنان من واحد ، وعلى الرابع كما لو اشترى واحد من اثنين ، وعلى الخامس كذلك ، ولا يخفى الحكم في ذلك ، والراغى رحمه الله لم يذكر الوجه الخامس في أصل المسألة ، فحصل في هذا الفرع أربع طرق . وهذه الفروع الخمسة ذكرها الراغى رحمه الله وتقدمه بذكرها جماعة ، وهى في الراغى والروضة ستة للتكرار الذى تقدم التنبيه عليه .

(ومنها ) ولم يذكره الراعى : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع قال القاضى حسين : فعلى طريقة ابن الحداد والشيخ أبى اسحاق للموكل أن يرد النصف ، وعلى طريقة أبى زيد ليس له رد النصف • قلت : وعلى ما حكاه صاحب التتمة والذى حكاه القاضى حسين أيضا ليس له الرد ، ولا يأتى هنا الوجهان •

( فرع ) اذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما ، لأنه اما أن يتحد وكيل البيع ووكيل الشراء وموكلاهما ، واما أن يتعدد الجميع ، واما أن يتحد واحد فقط وهو أربعة • واما أن يتعدد واحد فقط ، وهو أربعة ، واما أن يتعدد اثنان وهو ستة تقدم من هذه الأقسام الستة عشر ستة في الفروع الستة المذكورة ، وهى اذا تعدد واحد فقط بصورة الأربعة ، وقسمان من تعدد الاثنین وهما تعدد الوكيلين ، وتعدد الموكلين ، وبقيت عشرة منها اتحاد الجميع ولا حاجة اليه هنا ، والتسعة الباقية لا يخفى تدبرها وتفريعها على الفقيه ، واذا أخذ مع هذه الأقسام تعدد العين المبيعة واتحادها كانت الأقسام اثنين وثلاثين فرعاً ويحتاج الفقيه في حكم كل منها وتفريعه الى تيقظ ، والله أعلم •

( فرع ) فأما اذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فستة عشر مسألة لأن العاقد لنفسه اما واحد أو متعدد • وعلى التقديرين فالوكيل مع موكله أربع صور صارت ثمانية مضروبة في تعدد المبيع واتحاده ، فهذه ستة عشر في البائع ومثلها في المشتري ، وقبلها اثنان وثلاثون ، وقبلها فيما اذا كان العقد بغير وكالة ثمانية ، وكل منها اما أن يفصل فيه الثمن أو لا ، ولولا التطويل لذكرت كل صورة من ذلك وحكمها وما يقتضيه التفريع فيها ، ولكن معرفة الأصل كافية للتبيين ، والله أعلم •

وانما ذكرت تعدد المبيع واتحاده وان لم يكن له أثر في تعدد الصفقة ، لأن له أثراً في الرد بالعيب الذى نتكلم فيه كما تقدم ، والله تعالى أعلم •

( فُرع ) هذا كله اذا جرى العقد بصيغة واحدة ، فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها ، وقد تقدم التنبيه على كل ، والله أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان مات من له الخيار انتقل الى وارثه لانه حق لازم يختص بالمبيع فاننتقل بالموت الى الوارث ، كحبس المبيع الى أن يحضر الثمن ) •

( الشرح ) قوله : لازم احتراز من الحقوق الجائزة التي تبطل بالموت كالوكالة والشركة وخيار القبول وخيار الاقالة وخيار المكاتب ونحو ذلك ( وقوله ) يختص بالمبيع احتراز من خيار الرجوع في الهبة والعيب في المنكوحة ، هكذا ذكره المتكلمون على المذهب •

وقال أبو الطيب في تعليقه : يتعلق بعين المبيع وجعله احترازا من الأجل ، فانه يتعلق بما في الذمة ، والأعيان لا تقبل التأجيل ، وصورة المسألة اذا مات المشتري قبل الاطلاع على العيب أو بعد الاطلاع وقبل التمكن من الرد أو يحدث العيب قبل القبض بعد موت المشتري ، ويقدر ثبوته للميت ثم ينتقل كما في سائر الأمور التقديرية ، وهذا الحكم من كون خيار العيب ينتقل للوارث لا خلاف فيه ، وقل من صرح به هنا ، ولكن في خيار الشرط حيث يذكرون الخلاف فيه بيننا وبين الحنفية يقيسونه على خيار العيب •

( قاعدة ) الحقوق في المذهب ( منها ) ما يورث قطعا ( ومنها ) ما لا يورث قطعا ( ومنها ) ما فيه خلاف ، وجملة ما يحضرني من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب ، وخيار الشفعة ، وخيار الفلوس ، وحق حبس المبيع والرهن والضمان ، ومقاعد الأسواق ، وخيار الشرط ، وخيار تلقى الركبان ، وخيار تفريق الصفقة وخيار الامتناع من العتق ، وخيار الخلف ، وحق الحجز ، وحق اللقطة ، وحق المسرور ، والاختصاص بالكلب ، وجدل الميتة ونحوهما • وخيار المجلس وقبول الوصية وحق القصاص وحد القذف والتعزير وخيار الرؤية اذا أثبتناه والتحالف والعارية والوديعة والوكالة والشركة والوقف والولاء ،

والخيار في النكاح خيار القبول وخيار الاقالة ، وخيار الوكيل . وحق الرجوع في الهبة وحق الأجل والتعيين والتبيين في إبهام الطلاق ، وفي نكاح الشرك ، وتفسير الاقرار بالمجمل ، والله تعالى أعلم .

( فرع ) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار وانتقل الارث الى الابن القاطع ، هل له الخيار بحق الارث ؟ قال الرويانى : يحتمل أن يقال : له الخيار لأنه يستفيد الخيار عن المورث لا عن نفسه بدليل أنه لو رضى بالعيب في حياة المورث ثم مات الأب كان له الخيار فإذا صح هذا فإن إختاره اجازة البيع لم يغرم شيئاً للقطع لأنه ملكه . وان فسح كان عليه نصف القيمة ويسترجع الثمن . وفي القول الآخر يغرم نقصان القيمة الحاقاً للمالك بالأموال .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فإن كان له وارثان فاختار أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز ، لأنه تبعض صفقة في الرد . فلم يجز من غير رضا البائع كما لو أراد المشتري أن يرد بعض المبيع ) .

( الشرح ) هذا الذى ذكره المصنف رحمه الله هو الصحيح ، وهو قول ابن الخداد ، وقطع به جماعة منهم القاضى حسين والامام ، وممن صححه الرافعى والجرجانى ، وقال الفورانى : انه ظاهر المذهب . واستدلوا له بأن أحد الاثنين لو سلم نصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف اليه ، وبأنهما قائمان مقام المورث ولم يكره له التبعض . وهذا هو استدلال المصنف رحمه الله . واحترز بقوله : تبعض عن خيار الشرط ، ويقول الصفقة أى الواحدة عن المشتري وفيه وجه أنه ينفرد أحد الوارثين برد نصيبه لأنه جميع ماله حكاه الرافعى . ونقله أبو اسحاق العراقى عن حكاية أبى على محتجا بالصحيح المشهور فى المكاتب اذا ورثه اثنان فأعتق أحدهما نصيبه أنه ينفذ والفرق بينهما ظاهر . ونظره ابن الرفعة بقوله فى الراهن اذا مات وخلف اثنان فوفى أحدهما من الدين بقدر نصيبه أنه ينفذ نصيبه وبالجمله هذا

الوجه ضعيف ( واذا قلنا ) به فلا أرش وعلى الأول هل يجب الأررش للذى منعناه من الرد ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) يجب ونسبه الرويانى الى ابن الحداد لتعذر الرد كما بالتلف ( والثانى ) لا يجب ، لعدم اليأس ، فانه يرجو موافقة صاحبه ، قاله القاضى حسين ، والأصح التفصيل ان حصل اليأس بأن علم الآخر بالعيب وأبطل حقه ، أو توانى مع الانكار ، رجع هذا بالأررش ، وان كان يرجو موافقة صاحبه لغيبته أو حضوره مع عدم اطلاعه فلا . وهذا من القاضى رحمه الله قد يوهم أن فى المسألة ثلاثة أوجه ( أحدها ) أنه لا يجب الأررش مطلقا وان حصل اليأس ، لكن الذى قاله الامام وصاحب التهذيب والرافعى وجزموا به وجوب الأررش فى حالة اليأس ، وهو الظاهر ، فليكن قول القاضى محمولا على انه أراد تنزيل الوجهين على ذلك . وعلته فى الوجه الثانى ترشد الى أن محله عند عدم اليأس . وكلام الرويانى يدل على ذلك ، فانه حكى قول الرد وقول آخذ الأررش ، وقول التفصيل . كما قاله القاضى ونسبه الى القفال . وكذلك فعل صاحب التتمة قطع حالة اليأس بوجوب الأررش .

وحكى الوجهين حالة عدم اليأس لوجود التعذر والكلام فى الوارثين كما صرح به القاضى حسين . والرافعى أجاز تعيينه فيما اذا وكل اثنان واحدا بالشراء . ومنعنا كلا من الموكلين من الانفراد برد نصيبه ، فهل له الأررش ؟ فيه الخلاف المذكور ، فيحصل بذلك مع الوجه الذى حكاه الرافعى رحمه الله فى مسألة الوارثين ثلاثة أوجه ( أصحها ) لا يرد ، ويأخذ الأررش ان أيس ( والثانى ) لا يرد الأررش ( والثالث ) يرد .

وقولنا هنا على الأول أنه يأخذ الأررش ، أى هل هو على سبيل التعيين ؟ أو للبائع أن يسقطه بالرضا بالرد الذى ذكره البغوى ، وكذلك قطع المساوردى فى مسألة الوارثين بأن البائع بالخيار بين أن يسترجعه بنصف الثمن وبين أن يعطى نصف الأررش ، وهذا يقتضى أنه لا يكون هو الوجه الأول ، ويكون المراد أنه يأخذ الأررش أى ان لم يوافق البائع على الرد .

وليس المراد أنه يجب الأررش عينا ، رضى البائع أو سخط ، ويعضد

هذا الاحتمال أن قول المنع الذي هو الصحيح منسوب الى ابن الحداد كما تقدم ، وهو مع ذلك قائل كما قاله القاضي أبو الطيب في شرح الفروع أنه اذا طلب أحد الاثنين الأرض يجبر البائع ، كما قاله الماوردي ، فعلى هذا اذا رضى البائع بالرد وسقط حق المشتري من الأرض ، ويحتمل أن يكون كل من الكلامين محمولا على ظاهره فيكون في المسألة أربعة أوجه ، والاحتمال الأول حتى يكون قول ابن الحداد مطبقا على ما هو الصحيح ، ويدل عليه كلام صاحب التهذيب ، والتحقيق في ذلك أنا ان جعلنا المانع كون الصفقة متحدة ، ولا يقبل التفريق شرعا فيمتنع ويجب الأرض عينا ، وليس للبائع الرضا بالرد واسقاط حق المشتري من الأرض ، وان جعلنا المانع الضرر الحاصل للبائع بالتبعض ، فإذا رضى بالرد فقد رضى بحصول الضرر له ، فيبطل حق المشتري من الأرض •

( وأما ) الراغبي رحمه الله فإنه قال تبعا لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين ، والموكلين في الشراء اذا منعنا أحدهما عن الانفراد أنه حصل اليأس عند رد الآخر فان رضى به وجب الأرض ، هذا وان لم يحصل فذلك على الأصح ، فأما جزمه بالأرض عند اليأس الحقيقي فحيد وهو موافق لما تقدم عن الامام ، وقد تقدم أن كلام القاضي يومهم جريان الخلافة فيه وتأويله ، وأما بقية الكلام عليه ففيه مناسبة في قوله : ان اليأس عن رد الآخر بأن رضى به وجب الأرض • هذا وان لم يحصل فذلك يحصل برضا الآخر وقد تقدم هو عن الامام وقدمته عنه أن اليأس باعتاق الآخر وهو معسر •

( وأما ) الرضا فإنه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيا على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه الى نصيبه وأراد رده والرجوع بنصف الثمن ، هل يجبر البائع على قبوله ( ان قلنا ) لا ، وجب الأرض والا فذلك في الأصح فقطعه هنا بأن الرضا يحصل به اليأس مخالفا لما ذكر هناك •

وأما قوله : ان الأصح وجوب الأرض — اذا لم يحصل الرضا — فهو فيه موافق لصاحب التهذيب ، وذلك مخالف لما صححه القاضي

حسين ، والترجيح بين التصحيحين متوقف على تحقيق المأخذ في وجوب الأرض وهل هو اليأس أو لا ؟ والأول هو الذى يقتضيه كلام الشافعى رضى الله عنه ، وسأذكره عند ما اذا باع المبيع ثم اطلع على عيبه ان شاء الله تعالى ، واذا تحقق ذلك ظهر أن الأصح ما قاله القاضى حسين والاغلاصح على ما قاله الرافعى والبغوى •

( فرع ) اذا أوجبت الأرض للممنوع من الرد ، فهل هو أرض النصف ، أو نصف الأرض ؟ قد تقدم في كلام الماوردى في الاثنين ( الثانى ) وهو كذلك فان الصفقة واحدة ، وأحد الوارثين يستحق نصف ما كان المبت يستحقه ، وهو مستحق عند تعذر الرد الأرض كاملا فيستحق أحد وارثيه عند تعذر الرد نصفه وأما أحد الموكلين في الشراء فمن حيث كون الصفقة واحدة اعتبارا بالوكيل على الأصح لنسبة مسألة الاثنين ، وفيه نظر من جهة أنهما لا يتلقيان استحقاق الأرض من غيرهما حتى ينقسم بينهما ، وانما يثبت لكل واحد أرض نقصان ملكه وقد يكون أرض النصف أقل من نصف الأرض لأننا نثبت من قيمة النصف ، وقيمة النصف أقل من نصف القيمة •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

(وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت - فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن - واختار الرد مع الزيادة ، لأنها لا تتفرد عن الأصل في الملك ، فلا يجوز أن ترد دونها ) •

( الشرح ) الزيادة المتصلة التى لا تتميز كالسمن ، وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر ، وكثرة أغصانها تابعة ، يرد الأصل ولا شئ على البائع بسببها ، ويجبر البائع على قبول العين زائدة ، وأوراق شجرة الفرساد اختلف الأصحاب في أنها كالأغصان أو كالثمار ، وأوراق سائر الأشجار كالأغصان ، قالهما الامام رحمه الله ، ولو اشترى غزلا فنسجه ، ثم علم به عيبا • قال الماوردى : حكى ابن سريج فيه قولين •

( أحدهما ) يتخير المشتري بين الرد ولا أجرة له عن النسيج وبين الامساك وأخذ الأرض ، لأن النساجة أثر لا عين •

( والثاني ) أن البائع ان بذل الأجرة فله أن يسترده منسوجا ، وان امتنع لزمه الأرش ، لأن النساجة زيادة عمل في مقابلة عوض ، قال الروياني : وهذا أصح عندي ، ولا يجوز غيره ، قال المحاملي : وفي هذا نظر وأن خيار البائع انما يترتب على امساك المشتري ، وطلب الأرش ، فكيف يجعل قولاً ثانياً ؟ •

بل يقتصر الجواب في المسألة بأن نقول : المشتري بالخيار بين الرد ، ولا أجرة له وبين الامساك وأخذ الأرش ، فان اختار الامساك كان للبائع دفع أجرة النسيج والرد ، فان اختار ذلك أجبر المشتري ، وان لم يختار أجبر البائع على دفع الأرش وقال صاحب التهذيب : لو زاد المشتري في المبيع شيئاً يصنعه بأن كانت داراً فعمرها أو ثوباً فصبغه ، ثم اطلع على عيب ان أمكنه نزع الزيادة من غير نقص نزعها ورد الأصل ، وان لم يمكنه ، فان رضى البائع بأن يردده ويبقى شريكا في الزيادة رد ، وان امتنع أمسكه ، وأخذ الأرش ، وسيأتى فرع طويل في الصبغ فيه زيادة على ما قال صاحب التهذيب هنا ، أذكره ان شاء الله عند الكلام فيما اذا نقص المبيع •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كانت زيادة منفصلة كاكساب العبد ، فله أن يرد ويمسك الكسب لما روت عائشة رضى الله عنها « أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم به ثم وجد به عيباً فخاصمه الى النبي صلى الله عليه وسلم ورد عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استغل غلامى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان » ) •

( الشرح ) حديث عائشة هذا رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم في المستدرک وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه • وقد روى حديث عائشة هذا مطولاً كما ذكره المصنف رحمه الله ومختصراً غالمطول من رواية مسلم بن خالد الزنجى شيخ الشافعى عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة : كذلك رواه الشافعى في الأم • ورواه الأئمة المذكورون • وقد وثق يحيى بن معين رحمه الله مسلم بن خالد يسأله

العباس بن محمد عنه فقال : ثقة ، وكذلك قاله في رواية الدارمي عنه ، لكن البخاري رحمه الله قال عنه : انه منكر الحديث ، وقال أبو داود عقب روايته لهذا الحديث : هذا اسناد ليس بذاك •

وأما المختصر فلم يذكر فيه القصة ، واقتصر على قول النبي صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمنان » رواه أيضا مسلم بن خالد عن هشام ، ورواه عنه الشافعي رحمه الله في الأم ، وتابع مسلما على روايته هكذا عمر بن علي المقدمي ، وهو ثقة متفق على الاحتجاج بحديثه . رواه الترمذي عن أبي سلمة يحيى بن خلف الجوباري وهو ممن روى عنه مسلم في صحيحه عن عمر بن علي ، وهذا اسناد جيد ، ولذلك قال الترمذي فيه : هذا حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام ابن عروة ولفظ الترمذي في هذه الرواية : « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الخراج بالضمنان » وقد روى مختصرا أيضا من طريق هي أشهر من هذه وان كانت هذه أحسن وأصح عن مخلد بن خفاف عن عروة ، رواه الشافعي رضي الله عنه في الأم والمختصر • رواه المختصر عن لا يتهم عن ابن أبي ذؤيب ، وفي الأم عن سعيد بن سالم عن أبي ذؤيب ، ورواه أبو داود والترمذي وقال : حسن والنسائي والحاكم في المستدرک من جهة جماعة عن أبي ذؤيب عن مخلد •

وعن مخلد قال : ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز ، فقضى له برده وقضى على برد غلته ، فأثبتت عروة فأخبرته فقال : « أروح اليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتنني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في مثلي هذا أن الخراج بالضمنان فمجلت الى عمر فأخبرته ما أخبرني عروة ، فثال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته ، الله يعلم أني لم أر فيه الا الحق ، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فراج اليه عروة فقضى له أن أخذ الخراج من الذي قضى به على له » •

وقد تكلم في مخلد واسناده هذا ، فقال الأزدي : مخلد بن خفاف

ضعيف وسيد<sup>(١)</sup> أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن أبي ذؤيب ، وليس هذا اسنادا تقوم به الحجة ، يعنى الحديث ، وعن البخارى أنه قال : هذا حديث منكر ولا أعرف لمخلد بن خفاف غير هذا الحديث ، قال الترمذى فقلت له : فقد روى هذا الحديث عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها ، فقال : انما رواه مسلم بن خالد الزنجى وهو راهب الحديث •

وقال الترمذى بعد رواية المقدمى : استغرب محمد بن اسماعيل — يعنى البخارى — هذا الحديث من حديث عمر بن على ، قلت : يراه تدليسا ، قال : لا ، واذا وقفت على كلام هؤلاء الأئمة رضى الله عنهم قضيت بالصحة على الحديث كرواية المقدمى ، لاسيما وقد صرح البخارى بانتفاء التدليس عنها ، وان كانت غريبة • وقضاء عمر ابن عبد العزيز بهذا كان فى زمن امرته على المدينة • قال الترمذى : والعمل على هذا عند أهل العلم ، قال : وتفسير « الخراج بالضمنان » هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع ، فالغلة للمشتري ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمنان • وقال الأزهري : الخراج الغلة ، يقال خارجت غلامى اذا وافقته على شئ وغلة يؤديها اليك فى كل شهر ويكون مخلى بينه وبين كسبه وعمله •

قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض • وقال الماوردى رحمه الله : الخراج اسم لما خرج من الشئ من عين ومنفعة وقال القاضى أبو الطيب : الخراج اسم للغلة والفائدة التى تحصل من جهة المبيع ، ويقال للعبد الذى ضرب عليه مقدار من الكسب فى كل يوم أو كل شهر : مخارج •

قال : وقولنا : « الخراج بالضمنان » معناه أن الخراج لمن يكون المال يتلف من ملكه فلما كان المبيع يتلف من ملك المشتري لأن

---

(١) كذا بالأصل ولعلها عبارة ترادف : « وذكر أبو حاتم » والله اعلم .  
(المطبعى)

انضمنا انتقل اليه بالقبض كان الخراج له ولا يدخل على هذا ضمان  
المغصوب على الغاصب لأنه ليس له وانما هو ملك المغصوب منه  
مضمون على الغاصب . والمراد بالخبر أن يكون ملكه مضمونا على  
المالك ، وهو أن يكون تلفه من ماله فإذا كان تلفه من ماله كان خراجه  
له . ووزانه أن يكون خراج المغصوب للمغصوب منه ، لأن ملكه وتلفه  
منها من ماله .

والشيخ أبو حامد اعتذر عن هذا بأنه لم يقل الخراج بالضمان  
مطلقا ، وانما قالت عائشة رضى الله عنها : « قضى في مثل هذا أن  
الخراج بالضمان » وفي ذلك الموضع كان الشيء ملكا له وقد حصل  
في ضمانه ، وكل موضع يكون ملكا والضمان منه تكون الغلة له .  
والمغصوب والمستعار والوديعة اذا تعدى فيها كل هذه المواضع لا ملك  
تكن الغلة له . وهذا المعنى من كون المراد أن الخراج تابع للملك  
والضمان هو المعتمد ، ولا خلاف أن عدم الملك لا يكون الخراج له .  
وقد رأيت في كتاب الأزهري على ألفاظ الشافعي رحمه الله أنه اذا  
اشترى الرجل عبدا بيعا فاسدا فاستغله أو اشتراه ببيع صحيح فاستغله  
زمانا ثم عثر منه على عيب فرده على صاحبه ، فإن الغلة التي استغله  
من العبد وهي الخراج طيبة للمشتري ، لأن العبد لو مات مات من  
ماله لأنه كان في ضمانه فهذا معنى الخراج بالضمان . وهذا الذي قاله  
الأزهري رحمه الله في البيع الفاسد غلط لا يأتي على مذهبا .

واعلم أن ما حكيت من كلام الأصحاب يقتضى أن اسم الخراج  
شامل للعين والمنفعة بالنص ، وكلام الشافعي رحمه الله في الرسالة  
يقتضى خلاف ذلك ، وأنه قاس ما خرج من تمر حائط وولد على  
الخراج ، وأن الشاة المصراة اذا رضيها ثم اطلع على عيب أخبر بها  
بعد شهر ردها ، ورد بدل لبن التصرية معها صاعا ، وأمسك اللبن  
الحادث قياسا .

قال ابن المنذر : قال بظاهر قوله : « الخراج بالضمان » شريح  
والحسن البصري وإبراهيم النخعي وابن سيرين وسعيد بن جبير ،

وبه قال مالك والثوري والشافعي وأبو اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور •  
قال مالك في أصواف الماشية والشعور كذلك وقال في أولاد الماشية  
يردها مع الأمهات (١) وقد ذكر أبو ثور عن أصحاب الرأي أنهم ناقضوا  
فقال في المشتري : إذا كانت ماشية فطلبها أو نخلا أو شجرا فأكل من  
ثمرها لم يكن له أن يرد بالعيب ويرجع بالأرث ، وقال في الدار والدابة  
والغلام : الغلة له ويرد بالعيب •

( قلت ) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع ، أما  
أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منها ، فالأول أما منافع  
كاستخدام العبد وتجارته وما اعتاد اصطياده واحتطابه واحتشاشه  
وقبول الهدية والوصية ووجدانه ركازا أو لقطة ، ومهر الجارية إذا  
وطئت بالشبهة وأجرة المبيع إذا أجره وأخذ أجرته ، فكل ما حصل من  
ذلك — نادرا كان أو معتادا — للمشتري أن يستأثر به ويمسكه ويرد  
المبيع وحده ، ويسترجع جميع الثمن قولاً واحداً ، لا خلاف في ذلك  
للحديث ، هكذا قاله جماعة •

وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به  
والركاز والكسب على الخلاف ، وسيأتي عن القاضي حسين ما يقتضي  
جريان الخلاف في المهر قبل القبض عند التلف ، وقد حكى عن عثمان  
الليثي وعبد الله بن الحسن أنه يلزمه رد غلة العبد حقه ، وقال عبيد الله :  
ويرد الهبة التي وهبها أيضا • وكان شبهتهما أن الفسخ يرفع العقد  
من أصله ، وسيظهر الجواب عنه ان شاء الله تعالى • وعن أبي حنيفة  
أنه ان رد قبل القبض رد الكسب والغلة وجميع ما ليس من غير الأصل  
مع الأصل ، وان رد بعض القبض ولا يمنعه ذلك من الرد ، وما أظن  
أحدا يقول أنه يجب عليه رد أجرة استخدامه للعبد وتجارته له ،  
وسكنى الدار ومركوب الدابة ونحوه مما هي منافع محضة لا أعيان  
فيها ، ولو قال : ان الفسخ يرفع العقد من أصله ، ووجه الاعتذار على  
ذلك لعله يتعرض له فيما بعد عند ذكر هذا الأصل ان شاء الله تعالى •

---

(١) سبق للامام النووي ترجيح قول من اطلق الامات على الحيوان  
والامهات في الانسان  
(المطبعي)

( فائدة أخرى ) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين (١) — بالغين المعجمة واللام المشددة — وضبطه صاحب الاستقصاء — بالغين المهملة وميم بعدها وتخفيف اللام — وكل ما ذكر في العبد فمثله في الأمة الا الوطاء فسيأتى حكمه ان شاء الله تعالى ، والى هذا القسم أشار المصنف رحمه الله بقوله : اكتساب العبد ، وكذلك سكتى وركوب الدابة ، كل ذلك أدخله الأصحاب في اسم الغلة ، وان كان قد لا يشمل اسم الزوائد الذي تضمنه كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وأما المتولد فسيأتى حكمه في كلام المصنف .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فثمرت عنده رد الأصل وأمسك الولد والثمرة ، لأنه نماء منفصل حدث في ملكه فجاز أن يمسكه ويرد الأصل كغلة العبد ) .

( الشرح ) هذا هو القسم الثانى أن تكون الفوائد الحاصلة أعيانا متولدة من غير المبيع ، كالولد والثمرة واللبن والصوف الحادث بعد العقد ، وأوراق الفرصاد على أحد الوجهين كما تقدم ، وقد اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب . مذهبنا أنه يمسك الثمار والفوائد الحاصلة ، ويرد الأصل بالعيب اذا لم يكن قد نقص بذلك ، يعنى فلا يغيره ، وبه قال أحمد وأبو حنيفة : لا يكون له الرد ويأخذ الأرض . وقال مالك : يرد مع الأصل الزيادة التى هى من جنس الأصل ، وهى الولد ، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة ، بل يرد الأصل وحده ، فوافقنا على الرد وخالفنا فى امساك النتائج ، وأبو حنيفة رحمه الله خالفنا فى الرد ، ومعتمدنا فى جواز الرد وجود العيب . وفى امساك الفوائد الحديث ، فان الخراج يشمل كل ما خرج عينا كان أو منفعة ، وقد ورد فى رواية أخرى أن الغلة بالضمان ، والغلة تشمل الثمرة وغيرها والمصنف رحمه الله جعل الدليل فى ذلك القياس على غلة العبد التى ورد النص

(١) كذا بالأصل ولعله : « غلاما » .

فيها ، وأبو حنيفة يسلم الحكم فيها قبل القبض ، ومالك رحمه الله يسلم الحكم فيها مطلقا .

ومعتمد المخالفين أمران ( أحدهما ) أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، وهذه قاعدة ينبغي عليها فروع هذا الفصل . وقد اختلف أصحابنا فيها ، والمذهب الصحيح فيه قال ابن سريج أن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله ، لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى ، فكذلك الفسخ ، وبديل أنه لا يسقط به الشفعة ولو انفسخ من الأصل لسقطت ، ولأنه لو باع عبد الجارية فأعتق الجارية ثم رد العبد بالعيب لم يطل العتق به ، ولو كان فسخا من الأصل لبطل ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده . ونفيه وجهان آخران ( أحدهما ) أنه ان اتفق قبل القبض يرفعه من أصله ، لأن العقد ضعيف بعد ، فإذا فسخ فكأنه لا عقد يخالف ما بعد القبض ، ولا فرق في ذلك كما اقتضاه كلام الامام بين أن يكون العيب مقارنا للعقد أو حدث قبل القبض ، قال ابن الرغفة : وفي الثاني نظر ، كيف يتقدم على سببه ، ولعل ذلك لأن ما قبل القبض ملحق بما قبل العقد في الضمان وفي ذلك أيضا .

( والثاني ) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول بوجوب مهر المثل اذا فسخ النكاح بعيب حدث بعد المنتبش ، وهذا الوجه حكاه الرافعي عن التتمة هكذا ، وهو في التتمة لكن ليس فيها التصريح بقوله مطلقا ، ومراد الرافعي بالاطلاق بالنسبة الى ما قبل القبض وبعبده ( وأما ) بالنسبة الى العيب المقارن والطارىء فلم يتعرض لذلك ، وفي التتمة توجيه الوجه الذي حكاه بأن سبب الفسخ قارن العقد وهو العيب ، فيستند الحكم اليه ، ويجعل كأنه جمع في العقد بين موجود ومعدوم ، حتى يصير كأن العقد لم يكن .

قال ابن الرغفة : وهذا من كلام يقتضى اختصاص هذه الطريقة بالعيب المقارن وفي العيب الحادث ، يعنى قبل القبض اذا فسخ به بعد القبض ، ينبغي أن يضاف الفسخ تفريعا عليها الى وقت حدوث العيب ، لا الى أصل العقد كما نقله عن بعض الأصحاب في فسخ النكاح .

( قلت : ) وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد ، كما اقتضاه كلام الامام رحمه الله من التسوية بين العيب المقارن والطارىء فى جريان الخلاف قبل القبض ، فعلى الطريقة التى حكاها صاحب التتمة يكون كذلك ، ولو ثبت ما أشار اليه ابن الرفعة واقتضاه كلام صاحب التتمة لزم اثبات وجه باستناد الفسخ الى حالة حدوث العيب ، سواء حصل الفسخ قبل القبض أم بعده ، ولا نعلم من قال به فى شئ من الحالتين •

وقال أبو حنيفة رضى الله عنه : الرد بالعيب قبل القبض يرفع العقد من أصله وأما بعد القبض — فإذا كان بالتراضى — فيرفعه من حينه ، وإن كان بحكم الحاكم فيرفعه من أصله ، واستدل أبو حنيفة على أن الفسخ يستند الى الأصل بأنه لا تجب فيه الشفعة • وأجاب أصحابنا رحمهم الله بأن الاقالة لا تجب فيها الشفعة ومع ذلك لا ترفع العقد من أصله ، وجعلوا الرد فى كونه رافعا من حينه مقيسا على الاقالة ، ثم قالوا : لو كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأبطل حق الشفيع ، وهو لا يبطله ، فدل على أن الفسخ قطع للعقد من حينه •

( اذا ثبت هذا الأصل ) فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه ، فلذلك تكون الزيادة الحادثة فى ملك المشتري له ، ولا يمنعه ذلك من فسخ العقد كالاقالة ، وأبو حنيفة رحمه الله يقول : لما كان الرد بالعيب يرفع العقد من أصله لأنه جبر له بخلاف الاقالة أوجب ذلك أن يرد النماء الحادث ، لكننا أجمعنا أى نحن وأنتم على أنه لا يلزمه رد النماء ، فدل على أنه لا يجوز الرد ، وأيضا قالوا : لا يجوز رده بدون النماء المنفصل كالماتصل ، ومالك رحمه الله يجرى قوله فى رد الولد على هذا الأصل ، لكنه يلزمه ذلك فى سائر الزوائد ، والثمرة أولى بالرد اذا كانت مؤبرة حين الرد لأنها متصلة ، والولد منفصل ، فلما وافق على عدم ردها لزمه ذلك فى النتائج •

وأما أبو حنيفة رحمه الله فيلزمه التسوية بين الكسب الحاصل من غير العين والنتاج والثمرة الحاصلة من العين ، وقد فرق بينهما فقال :

يجوز الرد وبقيّة الأكساب له بعد القبض دون ما قبله كما تقدم .  
وقال هنا يمنع الرد . وذلك تناقض ، بل كان اللائق بأصله أن يسوى  
بين الجميع ، وأن يجوز الرد ويرد الزوائد كلها •

( الأمر الثانى ) أن الزيادة الحادثة بعد البيع مبيعة تبعا ، لأنه  
لا سبب للملك فيها الا سراية الملك من الأصل اليها ، والأصل مبيع ،  
فيسرى حكمه اليها على صفته ، ومع هذا الأصل لا يحتاج في رد  
الفوائد الى أن العقد يرتفع من أصله ، بل يرد الفسخ على الولد مع  
الأصل ، وهذا قول للمالكية ، وبه تتمسك الحنفية أيضا ، ونحن  
نسلم أن سراية الملك من الأصل اليها والأصل مبيع ، فيسرى حكمه  
اليه<sup>(١)</sup> حاصلة ، ولكن سراية العقد لا معنى لها ، فان العقد لا يرجع  
الى وصف المحل المعقود عليه اذ لا معنى لكونه معقودا عليه الا لكونه  
مقابلا بالثمن بحكم صيغة العقد وهذه المقابلة لم تحصل الزيادة •  
وعلى هذا الأصل تخرج مسائل الأولاد في الطرد والعكس •

أما ولد المرهونة فليس بمرهون عندنا ، فان التوثق بالمرهون لا  
يرجع الى صفة فيه • وولد المرهونة ليس مرهونا بالاتفاق حتى لا يتعدى  
حق الرجوع اليه لأن الرجوع سلطة للمنعم فيما أنعم به ولم ينعم  
الا بالأم • والولد متولد من الموهوب يسرى اليه ملك الهبة لا عقد  
الهبة ، وولد الأضحية المعيبة وولد المستولدة كأتهما ، لأن الملك في  
المستولدة نقص بالاستيلاء ، وصار ذلك وصفا لها والشاة صارت  
كالمسلمة الى الله تعالى من وجه ، وكالناقعة من وجه ، وهذا راجع  
لصفتهما وولد المكاتب وولد المدبرة فيهما اختلاف قول ، ومنشؤه التردد  
في أن نقصان الملك من المكاتب هل يضاهاى النقصان في المستولدة ؟  
أم يقال الكتابة حجر لازم كالحجر في المرهون ؟ فتبين بهذا أنه انما  
يسرى الى الولد ما كان وصفا للأم والخصم يرد ذلك في الرهن والبيع  
الى صفة في المحل برغم أن ذلك وصف شرعى كالتضحية والاستيلاء •  
فهذا فصل مفيد في هذا المعنى من كلام الغزالي رحمه الله قال :

---

(١) بياض بالأصل فحرر قلت : ولعل السقط : « وسراية الملك  
حاصلة » .  
(المطبعى)

والنظر في الفرق والجمع في هذه الصورة دقيق ، والطريق فيه ما نبهنا عليه . وإذا تمهد أن الزيادة ليست مبيعة بطل القول برد النتاج والأكساب ، وبطل القول بذلك فيما قبل القبض أيضا ، وبطل منع الرد بسببها بعد القبض ، لأنها إذا لم تكن مبيعة فالبيع هو الأصل ، وقد تمكن من رد ما اشترى كما اشترى ، فليجز له الرد بعيب قديم لم يرض به كما إذا هلكت هذه الزوائد ، ثم على أبي حنيفة رحمه الله في هذا الطريق مزيد اشكال ، فإنه ان كان مبيعا فليرد الأصل معها ، كما قال مالك ، وكما قال أبو حنيفة قبل القبض ، وان لم يكن مبيعا فامتناع الرد بسببه لا معنى له . وعند هذا قد تم النظر في مذهبنا .

هذا كلام الغزالي رحمه الله في المأخذ وقد تكلم الأصحاب في الأولاد في كتاب الرهن وهي ولد المرهونة وأم الولد والمكاتب والمذبرة والمعنتقة بصفة . والأصحية والمذبرة والجانية والضامنة والشاهدة والوديعة والعارية والمستأجرة والمغصوبة والمأخوذة بالسوم ، والموصى بها ، والزكاة ، وان يسر الله تعالى من الوصول الى الرهن أذكر تفصيلها هناك ان شاء الله تعالى وله أكمل<sup>(١)</sup> .

وهنا تنبيهات ( أحدها ) أن الذين قالوا من أصحابنا : أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحدا منهم يقول بامتناع الرد كما يقوله أبو حنيفة ، لا قبل القبض ولا بعده ، وذلك يدل على أحد أمرين إما ضعف القول المذكور ، وإما أنه لا تلازم بينه وبين امتناع الرد كما تقدم في البحث مع أبي حنيفة ، وفي كلام الامام والغزالي ما يشعر بالملازمة بينهما فان كان كذلك فلعل سكوتهم عن طرد القول المذكور يضعفه .

( الثاني ) أن مقتضى القول برفع العقد من أصله ، وان كان بعد القبض أن يرد الزوائد والأصحاب رحمهم الله حكوا قولين في رد الزوائد ان كان الرد قبل القبض ، وبنوهما على الخلاف في الطريقة المشهورة

---

(١) لم يقدر الله تعالى لشيخنا أن يصل الى هذه الابواب وقد تناولناها على قدر ما يسر الله لنا ونسأله ان يلحقنا بأئمتنا ومشايخنا متبعين باحسان آمين .  
( الطيعي )

أن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الأول يرد وعلى الثاني وهو الصحيح لا يرد ( أما ) إذا كان الرد بعد القبض فلم نعلم أحدا يقول برد الزوائد ، ومقتضى الطريقة التي نقلها صاحب التتمة أن يجرى الخلاف فيها أيضا ، وابن الرفعة اعتذر عن ذلك بأنه لعل من يقول بأنه يرفع العقد من أصله ، وإن أطلقه يريد به ما ذكره الغزالي رحمه الله في كتاب الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق حيث تكلم في الفرق بين الزيادة المتصلة فيه وفي الصداق وهو أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله بالاضافة الى حينه ثم اعترض على نفسه بأن مثل هذا يجوز أن يقال في الرد قبل القبض ، ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه يرفع العقد من أصله بأن الزوائد للبائع وأجاب بأن الذي أوجبهم اليه بعد القبض استقرار العقد والاستقرار معقود قبله •

( الثالث ) أن كلام المصنف رحمه الله جازم بعدم رد الولد والثمرة من غير تفصيل ، وهو كذلك فيما إذا كان الرد بعد القبض ، أما قبل القبض ففيه الخلاف كما تقدم ، ولكن طريقة العراقيين كما جزم به المصنف رحمه الله من القطع بعدم رد الزوائد ، وأن الرد فسخ للعقد من حينه لا من أصله ، وإنما الخلاف في طريقة غيرهم ، والأصح عند غيرهم أيضا كما جزموا به •

( الرابع ) قد علمت أنه لا خلاف أن الرد إذا وجد بعد القبض لا يرد معه الزوائد ولا غرق في ذلك بين الزوائد التي حصلت بعد القبض والتي حصلت قبله بلا خلاف وإنما محل الخلاف في الزوائد قبل القبض إذا كان الرد قبل القبض وقد وقع في الوجيز ما يوهم خلاف ذلك ، فإنه قال : يسلم الزوائد للمشتري أن حصلت بعد القبض وكذلك لو حصلت قبله على أقيس الوجهين ، وحملوا ذلك على أنه طغيان قلم بزيادة التاء ، ويكون المراد حصل أي الرد ويستقيم الكلام •

( الخامس ) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الراغبي أن الفسخ رفع للعقد من حينه ، وقيل : من أصله ، وفي عبارة آخرين منهم القاضي حسين والامام أن الرد قطع للعقد من حينه ، ولا يستند

ارتفاع العقد الى ما تقدم ، وفي عبارة الماوردي شيء منه ، ويعرض في ذلك بحثان .

( أحدهما ) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد أو لا ؟ .

( والثاني ) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا ؟ ( والجواب ) أما الأول فالرفع والقطع ليسا بمعنى واحد ، فإن القطع صادق على قطع النكاح بالطلاق وقطع الملك بالبيع ، وكثير من أسباب الانتقالات ، ولا يسمى شيء من ذلك رفعاً ، والرفع من حينه يسمى قطعاً لأنه انقطع به الملك حقيقة ، فالرفع من حينه أخص من القطع فكل رفع من حينه قطع وليس كل قطع رفعاً . ولذلك وقع كلام الامام والماوردي رحمهم الله تسميته بالقطع .

والسر في الفرق بين الرفع والقطع الذي ليس يرفع أن الرفع معناه ابطال أثر العقد المتقدم . واستصحاب ما كان قبله حتى أن الملك العائد بعد الفسخ من آثار السبب المتقدم على العقد السابق ، وليس ملكاً جديداً بالفسخ بخلاف البيع وسائر أسباب الانتقالات ، فإنها مقتضية ملكاً جديداً هو من آثار هذه الأسباب وليس أثر السبب سابقاً ولا ابطال العقد المتقدم على هذا انتقال ، بل هذا الانتقال بالبيع هو من آثار الشراء السابق فافهم ذلك . فإن الانسان اذا اشترى عينا فكل تصرف يصدر منه فيها ببيع أو غيره هو مستفاد من شرائه ( وأما ) الفسخ فإنه نقض لشرائه وابطال له .

( وأما الثاني ) وهو أن الفسخ من الأصل . هل معناه تبين عدم الملك ؟ فهذا هو المتبادر الى الفهم لا بمعنى أننا نتبين أن العقد لم يوجد فإن العقد موجود حساً بمعنى أنه يتبين ارتفاع أثره ، وأن الملك لم يحصل وهذا بهذا التأويل في نهاية الاشكال . فإن السبب الراجع للعقد هو الفسخ ، فكيف يتقدم المسبب على سببه ؟ ولا يخلص من ذلك أن نقول : انه بطريق التبيين ، لأنه يلزم أن يكون العقد الصحيح قد وجد مستجمعا لشرائطه ولم يترتب أثره عليه ، ولا يقال : ان من شرطه عدم طريان الفسخ عليه ، لأن ذلك أمر لا غاية له ولا يرتبط

الحكم به ، ولا يشك أن الملك حاصل الآن اذا جمعت شروطه . ولا يوقف الأمر في ذلك على أمر مستقبل ولو كان الأمر على ذلك — وانما يتبين عدم الملك — لكان ينبغي أن يجب رد أجرة الاستخدام وسكنى الدار وركوب الدابة ، بل كان يلزم أن يجب على المشتري أجرة ملك المدة التى أقام المبيع تحت يده ، سواء فوتها أم غانت بنفسها . الا أن يقال ان ذلك مأذون فيه وقد أباحه له البائع .

لكننا نقول : انه انما أباحه وأذن فيه بمقتضى العقد هذا ، والعقد هو المتضمن للإباحة فاذا ارتفع ارتفعت ، وكان يلزم أن يتبين بطلان الهبة التى وهبت له اذا اشترط اذن السيد فى القبول ، لأنه لم يأذن ، وأن يكون المهر اذا وطئت بالشبهة باقيا فى ذمة الواطىء وأما قبضه المشتري منه لم يقع الموقع لعدم ملكه وأن يكون ما أخذه المشتري من صيد وحطب وحشيش واستهلكه يجب عليه قيمته للبائع ، وقد تقدم من كلام الغزالي عن الحنفية ما يقتضى أن الزوائد الهالكة لا تمنع من الرد ، وأن امتناع بقاء الولد على ملك المشتري بعد الرد لأنه يصير مبيعا بغير عوض . وهذا يفهم أن المحذور من القول بقاء الولد على ملك المشتري أنه يصير ملكا لا سبب له ، على القول بارتفاع العقد من أصله ، وهو يفيد أن المقصود بارتفاع العقد من أصله ليس هو بطريق السهل ، بل كما قاله الغزالي رحمه الله فى كتاب الصداق ، أو أنه يرتفع من أصله بالاضافة أو الى حينه ، أى فى هذا الوقت بحكم ارتفاع جملة آثار العقد ، ومن جملة آثاره ملك النتائج والكسب الموجود ، غيرتفع الملك فيها على هذا القول ويعود الى البائع .

فيرجع حاصل القول بأنه يرتفع من أصله الى أن المراد ارتفاع جملة آثاره من الآن ، والمراد بارتفاعه من حيث انه لا ترفع آثاره وانما يرتفع الملك فى المبيع فقط ، وهذا تفسير لا يسبق الذهن اليه ، فان ثبت أن الزوائد الهالكة غير مضمونة ، وأن قبوله الهبة وتصرفه باذن المشتري صحيح ، وقبض المشتري لمهر الشبهة صحيح ، وجب الحمل على هذا المعنى ، وحينئذ لا يشك عليه عدم وجوب أجرة الاستخدام والسكنى والركوب ، ولم أجد الأصحاب صرحوا فى هذه المسائل بشئ ، بل

كلامهم يقتضى كالصريح أنه لا يجب أجره الاستخدام ونحوها . وإنما الخلاف في الأكساب والأعيان الحادثة من نفس المبيع .

وأما الحنفية فعندهم الاكتساب والصيد لا يملك بملك الأصل ، بل باليد ، فلا يمنع الرد عندهم ، وكذلك أجره الاستخدام ونحوها لا تجب على أصلهم ، ولكن أن وافقونا على عدم لزوم قيمة الولد الهالك ، والمسائل المتقدمة احتاجوا الى الحمل على المعنى المذكور كما احتجنا اليه . ونحن اليه أحوج لأجل عدم لزوم أجره المدة الماضية ولا تمنع الزيادة الرد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا اذا كانت حادثة من نفس المبيع . وقال زفر : يجب رد مهر الشبهة الذي قبضه المشتري معها .

( السادس ) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان ، فينبغي أن تكون الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو الفسخ ، والأول لم يقل به أحد ، والثاني لم يقل به إلا على وجه ضعيف في بعض الصور ، وهي ما اذا حصل الرد قبل القبض فما وجه تعطيل دلالة الحديث في ذلك ، والعمل بها غيما بعد القبض للمشتري ، والجواب أن محل الحكم الذي ورد فيه النص إنما كان بعد القبض اذا حصل فسخ على ما تقدم من ألفاظ الأحاديث ، لاسيما قوله : قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان . فيكون الخراج معللا بالضمان في الملك . وذلك مفقود في البائع وفيما قبل القبض .

( فان قلت : ) المحل لا تأثير له ، والعلة التي ذكرها الشارع الضمان ، فيجب أن يدور الحكم معها وجودا وعدما ، فيكون الخراج قبل القبض للمشتري فيه نقض للعلة في جانب البائع ، ووجود الحكم بدونها في جانب المشتري .

( قلت : ) قال الغزالي رحمه الله : ذكر هذه العلة فيما بعد القبض لقطع استبعاد المسائل كون الخراج للمشتري وقبل القبض معلل بعلّة أخرى ، وهو أن الزوائد حدثت في ملكه ، والحكم قد يعلل بعلتين يعني فاقصر النبي صلى الله عليه وسلم على التعليل بالضمان لكونه

أظهر عند البائع وأقطع لطلبه ، فان الغنم في مقابلة الغرم ، وان كانت العلة الأخرى وهى الملك حاصلة ، ولكن نفس البائع تنقاد للأولى أكثر ، والله أعلم •

( السابع ) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه ، هل هو خاص بالرد بالعيب ؟ أو عام في سائر الفسوخ ؟ حتى يجرى في الاقالة والفسخ بالتخالف ، والفسخ بخيار المجلس ، والشرط والانفساخ بتلف المبيع قبل القبض ؟ •

( والجواب ) أن المشهور في هذا الخلاف المذكور هنا اختصاصه بالرد بالعيب وأنه لا يجرى في الاقالة ، ولذلك يقيسون الرد بالعيب على الاقالة في كونها رفعا للعقد من حينه ، والرافعى رحمه الله أطلق القول هنا بأن الفسخ رفع للعقد من أصله أو من حينه ، والأقرب أن مراده الفسخ الذى الكلام فيه وهو الرد بالعيب وقد ذكر في باب حكم المبيع قبل القبض وبعده وجهين في الانفساخ بتلف المبيع قبل القبض ( أصحابهما ) أنه من حينه كالرد بالعيب ، والزوائد مخرجة على الوجهين قال : وطردهما طاردون في الاقالة اذا جعلناها فسخا وخرجوا عليهما الزوائد •

( قلت : ) وذلك وان أطلقوه فلعلم محله قبل القبض كما هنا في الرد بالعيب ، فان الاقالة قبل القبض جائزة على القول بأنها فسخ ، ونقل القاضى حسين الخلاف في تلف المبيع قبل القبض ، وحمل الوجهين في الرد بالعيب مبنى عليها ، وعلى تلف المبيع في يد المشتري في زمن الخيار ( ان قلنا ) يفسخ ارتفع ههنا ، والا فالولد هنا للمشتري ، وأما التخالف فمقتضى كلام صاحب التتمة في باب التخالف جريان الخلاف فيه أيضا ، فان خرج اعتبار القيمة عليه اذا جرى التخالف بعد الهلاك وهو جار على طريقته في طرد الخلاف بعد التقابض ، فان فرض التخالف كذلك ولذلك لا ترد الزوائد جزما كما لا ترد ههنا بعد القبض •

( وان قلنا : ) انه يرتفع العقد من أصله لكن القول بالانفساخ من أصله بالتخالف مفرع على أنه يفسخ بنفس التخالف كما هو في

النتمة والنهاية ، ولم يتعرضوا له على القول بانشاء الفسخ ، والقياس جريانه . وأما خيار المجلس والشرط فقد ذكر في بابه أنه اذا فسخ وقتلنا الملك للمشتري فالأصح أن الأكساب تبقى له وذلك يدل على أن الأصح فيها أيضا أنه من حينه . والقول الآخر بأنه من أصله يجري فيه بغير اشكال ، بل هو أولى بذلك ، فقد ظهر بذلك أن الخلاف في الجميع وأن الأصح فيها كلها أنه من حينه ، لكنها ليست في رتبة واحدة وأولاهما بجريان الخلاف فيه زمان الخيار لأن العقد لم يلزم وأبعدها الاقالة ، لأنها في حكم أمر جديد وليست جبرا للعقد الأول .

وبقى من المسائل انفساخ عقد الصرف بالتفريق قبل التقابض هل نقول انفسخ من أصله قطعا ؟ لأن التقابض شرط أو نقول حكمه حكم تلف المبيع قبل القبض ؟ على أنه لا فائدة لاجراء الخلاف فيه ، نعم عقد السلم اذا كان رأس المال جارية مثلا وكانت معيبة وحبلت في المجلس وولدت ثم ماتت قبل أن يقبضها المسلم اليه ، فهل نقول انه فسخ من حينه حتى يسلم الولد المسلم اليه ؟ أو من أصله حتى يرجع الى البائع قطعا ؟ والأشبه بجريان الخلاف فيه وأن يكون كتلف المبيع قبل القبض ، فإن الشافعي رحمه الله استنبط انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه من عقد الصرف ، اذا تفرقا ولم يتقابضا ، كما تقدم ذلك في باب الربا .

( الثامن ) ان الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض بل يكون بعد القبض رفعا من حينه قطعا ، خلافا لما قاله صاحب النتمة وقد حكى الامام وغيره من الجازمين فيما اذا رد المسلم فيه العيب ، وكان عبدا استكسبه . أنه هل يجب رد الكسب والغلة . على قولين فالقول بأنه يرد الكسب معه فمقتضاه ارتفاع الملك فيه من أصله وهو بعد القبض فان قيل على الطريقة الضعيفة بارتفاعه من الأصل . والخلاف في السلم مشهور . وقد تقدم له ذكر في باب الربا .

( والجواب ) أن الخلاف المذكور في السلم مأخذه أمر آخر . وهو أن الملك على أحد القولين في المسلم فيه الشروط بالرضا أو بعد

الرد • فاذا رد تبينا أن الملك لم يحصل أصلاً • فهذا هو القائل برد الأكساب ، والقول المقابل له أن الملك بالقبض • ثم انتقض بالرد • فعلى هذا ينبغي أن يكون كرد المبيع بالعيب بعد القبض لا يرد الأكساب • وهو رفع للملك من حينه على الطريقة المشهورة ويجيء فيه طريقة صاحب التتمة مع القول بعدم رد الكسب • فافهم ترتيب هذا التفريع فانه من محاسن الكلام •

وقد ذكر ابن أبي الدم أن الامام والغزالي ذكرا وجهين فيما اذا رد المسلم بعيب • هل هو رفع للعقد من حينه أو من أصله ؟ ومراد ابن أبي الدم الخلاف الذي قدمته ، والتحقيق ما نبهت عليه ولولا ذلك لاقتضى اشكالا على الامام ومن وافقه ممن قطع هنا بعد القبض بانه من حينه ، واقتضى اشكالا على جميع الأصحاب في قطعهم هنا بأن الأكساب بعد القبض لا ترجع ، والله أعلم •

( التاسع ) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمور ( أحدها ) أن لا يكون حصل بسببها نقص وقد تقدم التنبيه عليه ( الثاني ) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه ، فلو كانت موجودة كالحمل المقارن للعقد فسيأتى في كلام المصنف في بقية الفصل أن شاء الله تعالى ( والثالثة ) أن تكون انفصلت قبل الرد ، كالولد والصوف المجزوز واللبن المحلوب • أو صارت في حكم المنفصل كالثمرة اذا أبرت ، أما لو لم تكن كذلك ، كما اذا ردها وهي حامل بحمل حدث بعد القبض ، حيث نقول : أن الحمل ليس بعيب ، أو رد الشجرة وقد أطلعت طلعا غير مؤبر أو الشاة وقد اشتراها ولا صوف عليها وهي مستفرغة الصوف • فحدث عليها صوف لم يجز ، أو حدث في ضرعها لبن ولم يحلب فما حكمه ؟ •

أما مسألة الحمل فنقل الامام فيها قولين كالفلس : وجزم القاضي حسين رحمه الله هنا بردها لذلك • ولا يسلم له الحمل ان كانت علق في ملكه : لأنه لا يمكن اغراده بالببيع فهو كالثمن • وعلى ذلك ينزل كلام المصنف رحمه الله لقوله : فحبلت عنده وولدت فجعل الولادة شرطا • وقال القاضي أبو حامد : انه أولى القولين : وقال القاضي

وجماعة من الأصحاب : ان قلنا يأخذ قسطا بقى للمشتري ويأخذه اذا انفصل على الصحيح ، وفي وجه أنه للبائع لاتصاله عند الرد •

( وان قلنا : ) لا يأخذ فهو للبائع ، وما ذكره القاضى حسين وأبو حامد موافق لما قاله الراغى رحمه الله فى باب الفلس أن الأكثرين رجحوه فى رجوع غريم الفلس ، وما ذكره الراغى هنا موافق للطريقة المشهورة هناك التى ذكرها المصنف وغيره من البناء على أن الحمل يقابله قسط أو لا ، لكن الراغى رحمه الله مع ذلك عدل عن ذلك المأخذ لأجل تصحيح الأكثرين بتبعية الحمل الى الرجوع ، فيلزمه أن يقول هنا بالتبعية أيضا كما قاله القاضى أو يفرق بين المسألتين : مسألة الفلس ومسألة الرد بالعيب •

وأیضا فانه رجح فى الفلس تبعية الثمرة والحمل ، وجعلهما سواء ، وان كانت الثمرة أولى بالاستقلال لأجل أنهما تابعان فى البيع متتابعان فى الفسخ ، وهذا المعنى بعينه موجود فى الرد بالعيب •

ولو صح النظر الى المقابلة بالقسط لزم أن لا يتعدى الرجوع فى الفلس الى الثمرة ، لأنها مقابلة بالقسط قطعا على الطريقة الصحيحة المشهورة المنصوص عليها ، فمدعوى الراغى أن الأصح هنا أن الحمل يبقى للمشتري ، يحتاج الى جواب عن ذلك ، وقد صحح الراغى هنا أن الثمرة فى أخذها قسطا على قولين كالحمل ، ومقتضاه أن يكون الأصح عنده أنها تبقى للمشتري أيضا قبل التأخير ، وأطلق بعضهم أن الحمل ناقص ، لأنه فى الجارية يقل النشاط والجمال ، وفى البهيمة ينقص اللحم ويخل بالحمل والركوب •

( فاذا قلنا ) هذا أو لم نقل به ، ولكن حصل بالحمل نقص رجح بالأثرش ، قال القاضى أبو حامد : وهل للمشتري امساكها حتى تضع ويردها ان لم يكن تنقصها الولادة ؟ نقله ابن الصباغ ، واذا جوزنا له الرد فحبسها حتى تضع — فان قلنا : الحمل للمشتري — لم يمنعه ذلك من الرد بالعيب ، لأنه حبسها لأخذ ملكه منها ( وان قلنا : ) ان الحمل للبائع منعه ذلك من الرد • قاله القاضى الماوردى رحمه الله •

وأما الجارية فان كلامه يقتضى أنه يجوز به امساكها حتى تضع  
وردها فى الحال فانه ان ردها وهى حامل كان الحمل للبائع ، لان  
المشتري اختار ترك حقه فليس له استثنائه ، فرق الجرى بين ذلك  
وبين ما اذا أوصى له بالحمل ثم اشترى الأم فوجد بها عيبا فردها ،  
لم يكن الحمل مردودا معها لأن الحمل فى هذه الحالة لا يتبع ، ومن  
بنى الحمل على القولين فى المقابلة الماوردى ، والأصح عنده كما قال  
الرافعى .

وحكى مع ذلك وجها على قولنا : انه يقابله قسط من الثمن انه  
للبيع لاتصاله بالأم عند الرد ، هذا حكم الحمل وأما الثمرة التى لم  
تؤبر ففيها وجهان ( أحدهما ) يردها مع الأصل ولا يمسك ( والثانى )  
يمسكها أو يرد الأصل ، والفرق بينها وبين الحمل على هذا القول  
جواز افرادها بالبيع على أحد الوجهين ، ولم يصحح الرافعى رحمه الله  
من هذين الوجهين شيئا ، وقد تقدم ما اقتضاه تخريجه للثمره على  
الحمل فالبحث معه فيهما ، والذي ينتجه هنا أن يكون الأصح الأول ،  
وهو أن يردها مع الأصل قال القاضى حسين رحمه الله : والأصح الأول ،  
لأنه الأظهر الذى نقله المزنى فى رجوع البائع فى عين ماله اذا أغلس  
المشتري وعليها ثمرة غير مؤبرة ، وهو الأصح عند الرويانى والرافعى  
رحمهما الله ، فليكن هنا كذلك ، ولعل المصنف رحمه الله اختار الوجه  
الثانى ، ولذلك قال : فأنثرت ، ولم يقيد بقطع ولا تأبير ، وفى الفلاس  
حكى القولين من غير ترجيح .

وأما اللبن الحادث فى الضرع أو الصوف الذى حدث بجزءيهما  
للمشتري ، وذكر القاضى هذه المسائل الأربع فى تعليقه مفرقة فى  
موضعين . وقال المتولى والبغوى والرافعى رحمهم الله : انه يرد الصوف  
تبعا وهو مقتضى ما قال القاضى حسين فى الفتاوى وفى كل من الكلامين  
نظر ، والصحيح ما سأذكره فى آخر الكلام ان شاء الله تعالى .

( واعلم ) أن الحمل يندرج فى المعارضة قولاً واحداً ، وفيما عداها  
من العقود والفسوخ قولان ( فالأظهر ) فى الرهن الاندراج بناء  
على أن له قسطا ، وفى الهبة كلام الرافعى يقتضى الجزم بالاندراج ،

والامام قال : ان الجديد عدمه ، وفي الرجوع في الهبة بناء الراعى على المقابلة ، كما فعل بها في الرد بالعيب فيقتضى أن الأصح عدم الاندراج ، فالراعى رحمه الله سلك طريقة البناء في المواضع كلها الا في الفلس ، لما وجد ميل الأكثرين ، ونص الشافعى رحمه الله فيه الى خلافها والقاضى حسين جرى في الرد بالعيب والفلس على قاعدة واحدة لكنه سلك طريقة البناء في اندراج الحمل في الرهن ، وهذه أمور مضطربة •

فالامام رحمه الله أجرى القولين في جميع ذلك جريانه في الرهن بطريق الأولى لكونه لا ينقل الملك ، وهو يشكل على القاضى حسين رحمه الله ، والذي يظهر في ذلك أحد أمرين ( اما ) أن نقول : ان عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك ، وعلى هذا يستمر نصه المنقول في الفلس على الاستتباع في الرجوع ( والجديد ) الذى نقله الامام في الهبة وعلى مقتضاه يكون الأصح الاستتباع في الرهن ( واما ) أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءا أو لا ، وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان ، لأنهما جزءان وان كان يمكن فصلهما الآن ، لعدم صحة افرادهما بالبيع ، وانما لم يدخلها في الرهن على الصحيح لاقتضاء العرف جز المرهون وحلبه •

نعم اذا جز الصوف أو حلب اللبن في مدة طلب البائع للرد ، بحيث لم يحصل تأخير ولا تعيب ، فانه حينئذ لا يصادف الرد ، فلا تتبع تفريعا على جواز ذلك وأنه لا يبطل الرد كما تقدم عن المصنف رحمه الله •

وقال القاضى حسين : ان جز الصوف ثم ردها بطل خياره لاستغلاله بالجز بعد ما علم بالعيب ، وهذا على رواية في أنه يشترط المبادرة الى التلطف بالفسخ ، أما على المذهب فلا يتجه ذلك •

وقال القاضى حسين رحمه الله أيضا : ان ردها مع الصوف يجبر البائع على القبول وهذا يتجه على الصحيح في أن الصوف تابع ، اما على رأيه في أن الصوف يبقى للمشتري ، فاجبار البائع على القبول اذا ردها مع الصوف ينبغى أن يكون ، كما في رد البهيمة مع النعل ان كان الجز غير معيب لها ، فاذا لم يجز لم يجب على البائع القبول

كما في نظيره في النعل وان كان معيها لها فيصح القول بالاجبار ، ولكن ينبغي أن يأتي فيه الخلاف في أن ذلك تمليك أو أعراض والأشبه في مسألة النعل الثاني فليكن هنا كذلك حتى اذا جز بعد ذلك من غير زيادة كان للمشتري •

وأما قول الرافي رحمه الله : انه يرد الصوف ، وأما الثمرة غير المؤبرة فهي أولى من الحمل بعدم الاندراج لأنه يجوز افرادها بالبيع على أحد الوجهين • وفيها طريقة قاطعه لأنها مقابلة بقسط من الثمن ، لكن الأصح فيها الاندراج أيضا لما تقدم . وقد تقدم في باب بيع الأصول والثمار من كلام الامام أحمد من هذه المسائل متعلقة بهذا الكلام في التأبير ، فان أراد أنه اذا رد لا يبقى الصوف له فصحح على ما قدمته ، وكذلك قال صاحب التتمة ، لكن يشكل على الرافي في قوله : ان الحمل يبقى للمشتري فان الحمل من جهة كونه أولى بالتبعية ، وكذلك الأصح عند الرافي دخوله في الرهن وعدم دخول الصوف ، وان أراد أنه يجب عليه رده ولا يجوز جزه — وفيه نظر مأخوذ من جواز الطلب والركوب في طريق الرد — فقد تقدم من المصنف رحمه الله جوازه ، ومن الرافي منعه • وتبين الراجح منهما ، ولم يذكر الرافي رحمه الله مسألة اللبن ، وهل تتبع في الرد أولا وهو من جهة الاستتجار كالحمل ، ومن جهة قرب التناول كالصوف ، وكيفما كان فالأصح التبعية ، وعلى رأى الرافي ينبغي أن يكون الأصح عدم التبعية لأنه يقابل بقسط من الثمن فهو كالحمل •

(فرع) من تنمة الكلام في الحمل ، جزم الجوري بأن الحمل يكون للبائع اذا ردت عليه بالعيب ، سواء أكان حدوث الحمل عند البائع أم عند المشتري مع القول بأن الحمل له قسط من الثمن ، قال : لأنها اذا حملت عند المشتري له أن يمسكها حتى تلد ثم يردها . فاذا اختار ردها حاملا فكانه اختار ترك حقه ، فليس له استثناء الولد ، ثم اعترض بالجارية الموصى بحملها اذا بيعت من الموصى له بالحمل وردها بعيب . لم يكن الولد مردودا • وأجاب أن حكم الولد حكم الأم ما لم يعقد على الولد عقد أو وصية أو هبة •

(فروع) لو اشتراها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ، ثم ردها بعيب قبل الجز والطلب ، وقلنا بأن الصوف تابع في الرد ، فلا اشكال (وان قلنا) بما قاله القاضي حسين في تعليقه من أن الصوف واللبن الحادثين للمشتري فمقتضى ذلك أن يصير ذلك مشتركا بينهما ، فان اتفقا فذاك ، والا فصلت الخصومة بطريقتهما ، لكن الذي في فتاويه كما سيحكيه خلاف ذلك ولو جز الصوف ثم أراد الرد بالعيب وكان اشتراها ولا صوف عليها فلا اشكال في جواز الرد ، وبقاء الصوف له على ما مر ، ولو كان عليها صوف حين الشراء فجزه وهو على حاله ، ثم أراد الرد بعيب ، رد الصوف المجزوز ، قاله الماوردي والقاضي حسين والرافعي وغيرهم .

وقال الشيخ أبو حامد في آخر باب بيع المصراة : انه اذا كان يمكنه التوصل الى معرفة العيب من غير جز الصوف امتنع عليه الرد . وان جزه ثانيا فلا مجزوز ثانيا له مختص به ، فان لم يجزه حتى رد فحكمه ما تقدم فيما اذا لم يكن عليها صوف حين العقد ثم حدث وفي هذه الصورة صرح بها القاضي حسين في الفتاوى بأنه يردده وفرق بينه وبين القث والكراث كما سيأتى عن صاحب التهذيب وهو في ظاهره مخالف لما حكىته عن تعليقه الا أن تكون المسألة التي في الفتاوى من كلام جامعها وهو صاحب التهذيب ، وان جز الصوف الذي كان عليه بعد أن طال ثم اطلع على عيب فيزداد هنا أنه يصير بينهما شركة في الصوف وقد يحصل نزاع في مقدار ما لكل منهما وذلك عيب مانع من الرد ، ولم أر في هذه المسألة نقلا .

وأما مسألة اللبن اذا كان منه شيء موجود عند العقد فبطلت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة ؟ وقد تقدم ذلك في آخر الكلام في التصرية ولو اشترى أرضا وبها أصول الكراث ونحوه وأدخلناها في البيع فبطلت في يد المشتري ثم علم بها عيبا يرددها ويبقى النابت للمشتري ، هكذا قال البغوي والرافعي رحمهما الله وفرق بينهما وبين الصوف بأنها ليست جزء الأرض ، ألا ترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه وهذا الفرق في فتاوى القاضي أيضا كما تقدم .

( فرع آخر ) اذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده بعد العقد وقبل القبض من الزوائد لأجل الثمن في صورة غير الفسخ •

( وان قلنا ) بأنها ترجع بالفسخ الى البائع • قال الغزالي : له حبسها الى استيفاء الثمن ، والامام أطلق عن بعض الأصحاب الوجهين في جواز حبسها من غير بناء ثم قال : ان ذلك ليس على حكم حبس المبيع بالثمن وانما ينقدح الاختلاف فيه قبل تعرض العقد للانفساخ والغزالي رحمه الله لاحظ ذلك فعلم بأنه يتوقع التعلق بها لكنه قال مع ذلك انه يحبسها للثمن •

قال ابن الرفعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن ، قلت : أو يقال بأنه لما توقع عودها اليه صارت كالأصل فيجري حكمه عليها في الحبس بالثمن ما دام الأصل نصفه يستحق حبسه فلو زال ذلك بأن سلم المشتري الثمن أو بقبول البائع بتسليم المبيع يسقط حق الزوائد لسقوط حبس أصلها ، وأما مجرد توقع عودها اليه فكيف يقتضي جواز حبسها ولا تنافي بين كلام الامام وكلام الغزالي • وقول الامام ليس على حكم حبس المبيع بالثمن لعل مراده لكونه ليس مقابلا به • وقال القاضي حسين : لو اشترى حاملا فمخضت في يد البائع فلا خلاف في أنه ليس له حبس الولد لاستيفاء الثمن ، ولم يحك الخلاف الذي ذكره الامام والغزالي ولا شك أنه لو تلف الولد الحادث قبل القبض لا يسقط بتلفه شيء من الثمن قطعاً وليس كالولد الذي كان حملاً عند العقد ، فان ذلك على قول ، وهو الصحيح قابله قسط من الثمن ، وهل يكون مثله في جواز بيعه قبل القبض أو لا ؟ فيه نظر • والأقرب أنه مثله ، وهل نقول في الحادث انه يجب على البائع تسليمه أو التمكن منه ؟ في كلام القاضي أبي الطيب في احتجاج الحنفية أنه دخل في حق التسليم ؟ وأجاب بأنه لم يدخل في حق التسليم المستحق بالمبيع ، وانما يجب تسليمه اليه بحق المال وظاهر هذه العبارة يقتضي وجوب التسليم والأقرب أن المراد التمكن • وقد صرح البغوي رحمه الله بأنه أمانة في يده ، ويحتمل أن يكون كالأمانات الشرعية حتى اذا هلك قبل التمكن من رده لا يضمه والا ضمنه ان لم يقل له حق الحبس •

( فرع آخر ) عن المزنى فى مسائله المنشورة : اشترى غنما بعشرة أقساط من لبن موصوف الى أمد فلم يتقابضا حتى حلب البائع منها عشرة أقساط لبن ثم ماثت الغنم يبطل البيع ويسقط الثمن من ذمة المشتري ويأخذ من البائع ما حلب من اللبن • قال الماوردى : وهذا صحيح لأن تلف المبيع قبل القبض يبطل البيع ولا يمنع من ملك النماء •

( قلت ) وهذا على قولنا بأنه يرفع العقد من حينه ، وهو الذى جزم به العراقيون • أما اذا قلنا تلف المبيع قبل القبض يرفع البيع من أصله وأن الزوائد ترجع الى البائع فلا يأخذ المشتري من البائع شيئا ، وإنما ذكر المصنف هنا حمل البهيمة ، لأن حمل الجارية سنذكره بعد ذلك والله أعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان المبيع جارية فحملت عنده وولدت ثم علم بالعيب ردها وأمسك الولد لما ذكرناه • ومن أصحابنا من قال : لا يرد الأم بل يرجع بالأرض ، لأن التفريق بين الأم والولد فيما دون سبع سنين لا يجوز ، وهذا لا يصح لأن التفريق بينهما يجوز عند الضرورة ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله فى الجارية المرهونة انها تباع دون الولد ) •

( الشرح ) اذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم حبلت عند المشتري وولدت ولم يطلع على العيب حتى بلغ الولد سبع سنين اذا اطلع<sup>(١)</sup> العيب ولم يتمكن من الرد الى هذه المدة فحكمها حكم البهيمة حرقا بحرف على ما تقدم بلا خلاف ، وفرض المسألة أن لا يكون حصل لها نقص بالولادة كما تقدم التنبيه عليه ، فلو حصل نقص منع

---

(١) اطلع تتعدى بنفسها لقوله تعالى : « اطلع العيب ام اتخذ عند الرحمن عهدا » وتتعدى بالجر أيضا ..

من الرد ووجب الأرش وأما اذا اطلع على العيب وتمكن من الرد قبل بلوغ الولد سبع سنين فقد اختلف الأصحاب في جواز الرد ، فالذى قاله المصنف رحمه الله ، ورجحه الجواز للضرورة ، وهو في ذلك موافق للشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب هنا ، وقال انه أصح وأشهر في المذهب ، ونسبه ابن الصباغ الى أكثر الأصحاب . وقال الرويانى رحمه الله انه المذهب : ووافقهم ابن أبى عصرون وهو مقتضى اطلاق نص الشافعى رحمه الله ، فان الشيخ أبا حامد نقل أنه قال في القديم : اذا اشترى جارية فولدت ثم أصاب بها عيبا كان له أن يرد الجارية ويمسك الولد اذا لم تكن نقصت بالحمل أو بالوطء ، وليس مراد الشيخ أبى حامد أن ذلك من القديم المخالف للجديد ، ولكن نقل هذه المسألة لم توجد متصوصة للشافعى رحمه الله الا في القديم .

والوجه الآخر فرعه بعض الأصحاب على هذه المسألة كما قال الشيخ أبو حامد وصاحب التتمة ذكر فيها وجهين هنا من غير ترجيح والشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ردا على الوجه الآخر الذى قاله بعض الأصحاب بما قاله المصنف رحمه الله ، لكن الرويانى في البحر مع قوله عن الأول : انه المذهب قال : ان هذا الوجه أقيس ، وجزم به الجرجانى في المعاينة ، وكذلك القاضى أبو الطيب وغيره في كتاب السير على ما نقله ابن الرفعة . وكلام الراعى رحمه الله يشعر بترجيحه فانه ذكر الوجهين في ذلك وقال : وسنذكر نظيره في الرهن .

ثم ذكر في الرهن : اذا رهن الأم دون الولد . ان صح أنهما متبايعان جميعا والا يفرق بينهما . وكذلك وافقه على تصحيح هذا في الرهن القاضى حسين والماوردى والمحاملى في التجريد من تعلية أبى حامد والبنغوى في التهذيب والمتولى في التتمة ، ومنهم من يقطع بذلك ، فاذا كان هؤلاء الأئمة قائلين بين قاطع ومرجح بأنهما يباعان معا ولا يفرق بينهما ، ولم يجعلوا ذلك ضروريا مسوغا للتفريق فينبغى وهنا كذلك : وأن يكون الأصح هنا امتناع التفريق وامتناع الرد كما اقتضاه كلام الراعى رحمه الله . وقال الجرجانى الا أن يفرق المصنف ومن وافقه بين البيع في الرهن والرد بالعيب ، وسأذكر له فرقا ان شاء الله تعالى . وقد يقال : انه لو جاز التفريق ينبغى أن يمتنع

الرد هنا ، لأن رجوع الجارية بدون ولدها عيب ، وذلك بمنزلة عيب جديد يمنع بسببه الرد ، ولا شك أن أهل العرف يعدون ذلك عيبا وتقل الرغبات فيمن يكون لها ولد منفصل عنها •

وطريق الجواب عن المصنف في ذلك أن يفرض غيما اذا رضى البائع بردها كذلك حتى لا يكون للمشتري الا الرد أو يرضى بها معيبة ولا يكون له المطالبة بالأرثس ، ومتى لم نفرض المسألة كذلك تعين امتناع الرد ، ثم ههنا كلامان :

( أحدهما ) ما استدل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي رحمه الله هو فيه تابع للشيخ أبي حامد ، قاله هكذا حرفا بحرف وفيه نظر ، فإن الشافعي رحمه الله له نصان في المختصر •

( أحدهما ) قوله ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير ، لأن هذا ليس بتفرقة وحمله جماعة من الأصحاب على أن معناه أن الرهن لا يوجب تفرقا ، ثم ما يتفق من بيع وتفرق فهو من ضرورة الجاء الرهن اليه ، وهؤلاء هم الذين جوزوا بيع المرهونة وحدها ، والتفريق بينها وبين ولدها ، لكن طائفة من الأصحاب قالوا : معناه أنه لا تفرقة في الحال ، وانما التفرقة عند البيع ، وحينئذ يباعان معا • ويحذر من التفريق فإن أراد المصنف هذا النص فالأصحاب يختلفون في تفسيره كما رأيت • والتفسير الثاني هو الصحيح لعدم اغضائه الى محذور • وليس في النص المذكور تصريح بأنها تباع دون الولد كما في لفظة الكتاب •

والنص الثاني في المختصر أيضا قبل ذلك غيما اذا وطئ الراهن الجارية المرهونة قال الشافعي رحمه الله : فإن أحبلها ولم يكن له مال غيرها لم تبع ما كانت حاملا ، فإذا ولدت بيعت دون ولدها ، وهذا النص أقرب الى لفظ المصنف رحمه الله ، لكنه يبعد ارادته ، لأن الولد ههنا في هذه الصورة حر لأنه ابن الراهن المالك ، فالتفرقة ضرورية ، وبهذا فرق جماعة بين هذه الصورة والصورة الأولى حيث

لا يجوز التفرقة على الأصح ، لأن الولد هناك مملوك وهنا حر ، وإذا كان كذلك فلا يصح التمسك به ، لأن الولد هنا في الرد بالعيب مملوك ، وهذا لا يخفى عن هو دون المصنف والشيخ أبى حامد وان أراد نصا آخر فلم أعلمه ، والله أعلم •

لكن يدل على أن المصنف وأبا حامد أرادا هذا النص الثانی ، وأنه هو الذى وقع به الرد على صاحب هذا الوجه أن القاضى أبا الطيب قال في الرد عليه : ولهذا قال الشافعى رحمه الله : ان الجارية المرهونة اذا حبلت لم تبع ما دامت حاملا ، فاذا ولدت بيعت دون ولدها • وقال صاحب الشامل : اذا كانت جارية فولدت حرا يباع الرهن دون الولد ، لأنه موضع حاجته • وقال صاحب التتمة : كالمرهونة اذا علق بولد حر ، والجارية الجانية اذا كان لها ولد حر بيعها دون الولد • وقال الرويانى : المذهب أنه يجوز هذا التفريق كما قال الشافعى رحمه الله في الجارية المرهونة اذا ولدت حرا : تباع الأم لحق المرتين دون الولد ، لأنه موضع حاجته في الأم •

فكلام هؤلاء الأئمة يدل على أنهم انما ردوا على صاحب هذا الوجه بهذا النص وهو مشكل ، لأن الولد الحر يجوز بيع أمه ، سواء أكانت مرهونة أم غير مرهونة ، لأنه لا يمكن بيعه معها أصلا لضرورة فيه محققة وليس كالولد الرقيق ، وطريق حمل هذا الاشكال أن الجامع بين الصورتين الضرورة وان كان الولد هنا رقيقا وهناك حرا فإنه لو لم يجز الرد ههنا أدى الى ابطال حق المشتري من الرد ويعترض على هذا بأن المحذور هو التفريق في الملك ، واذا كان الولد حرا الفرقة حاصلة ، فلا تفريق ، بخلاف مسألتنا هنا فان الرد يوجب التفريق في الملك وقياس التفريق على ما ليس بتفريق لا يظهر •

( الكلام الثانى ) في تخيل الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن ، قد يقال انتصار المصنف أن هنا أمرين مسوغين للتفريق ( أحدهما ) الضرورة والا لأدعى الى ابطال حق المشتري من الرد ، والزامه أخذ الأرض وبقاء المعيب في عقد عسر ، فلا طريق له الا الرد • وأما الراهن فإنه يجب عليه وغاء دينه ، فان كان مال غيره وغيثنا منه

ولم يبيع ، لما قاله الماوردي هناك ، وان لم يكن له مال الا الجارية المرهونة ، والشارع منع من التفريق فصار كما لو كان الدين يحيط بقيمة الجارية وولدها ولا مال له غيرهما ، فاننا نبيعهما توصلنا الى وفاء الدين الذي التزمه وحجر على نفسه بسببه ، وهذا المعنى وحده كاف في الفرق ومصحح لما ذكره المصنف رحمه الله •

( والأمر الثاني ) أن هذا التفريق بالفسخ ، وقد اغتفروا في الفسخ ما لم يغتفروا في انشاء العقود ، ألا ترى أن الأصحاب رحمهم الله قالوا : لو باع الكافر عبدا مسلما بثوب ، ثم وجد بالثوب عيبا [ فان ] له استرداد العبد في أصح الوجهين ؟ ولو وجد يشتري العبد به عيبا فطريقان :

(أحدهما) القطع بالجواز •

(والثاني) على الوجهين • ولو تقابلا حيث لا عيب ، وقلنا الاقالة فسخ فعلى الوجهين ؟ فهذه المسائل الثلاث اغتفروا فيها حصول ملك الكافر على المسلم بالفسخ ، وان كانوا لم يغتفروه بانشاء العقد • وعلة الغزالي رحمه الله في المسألة الأولى بأن الاختيار في الرد اما عود العوض اليه فهو قهري كما في الارث واستشكله الرافعي ، ورأى أن الأصوب في توجيهه أن الفسخ يقطع العقد فيكون نازلا منزلة استدامة الملك ، والامام علة بأن الرد يرد على العقد ، وارتداد العبد يترتب على انفساخ العقد •

وله في رد الثوب غرض سوى تملك العبد ، أي وهو التخلص من عيبه وهذا الغرض — وهو التخلص من العيب — حاصل في الجارية اذا ولدت ثم اطلع على عيبها بخلاف الرهن فانه لا غرض الا التوصل الى وفاء دينه ، والراهن ألزم نفسه بذلك وملاحظة الضرورة لابد منها •

وأما الفسخ وحده فليس بكاف • ألا ترى أنهم جزموا في الفسخ بعدم التفريق لما كان مال المفلس كله معيبا ولا ضرورة تدعو الى

التفريق ، وان كان الرافعى رحمه الله قال باحتمال جريان الخلاف الذى فى الرهن والرد بالعيب فيه ، وأن جزمهم يحتمل أن يكون على الأصح •

وحكى الماوردى وجها يوافق هذا الاحتمال ، وحكاها المتولى أيضا عند الكلام فى التفريق بالبيع ، وكذلك ملاحظة الفسخ لابد منها ، والضرورة وحدها لا تكفى ، ألا ترى أن فى رجوع الزوج فى شطر الصداق لم يجوزوا ذلك لأجل حق الزوج ؟ بل نقلوه الى نصف القيمة لأن استرجاع الشطر تملك جديد • هذا ما ظهر لى فى تقوية ما ذهب اليه المصنف رحمه الله • ومن وافقه على ما فيه ومع ذلك يحتاج الى ملاحظة ما يقدم التنبيه عليه فى غرض المسألة اذا رضى البائع بالرد • أو نفرض أن ذلك لا تنقص به قيمتها ، وهو بعيد ، والأول أقرب ، والله أعلم •

( التفريع : ) ان قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك ( وان قلنا ) بامتناع الرد فقد قال المصنف رحمه الله : انه يجب الأرش ، وكذلك قتاله الجرجانى والرافعى ، وعلة الجرجانى بأن الرد كالميتوس منه • ولك أن تقول : أنه يمكن بأن يعتق الولد أو يموت أو يصل سن التفريق وقد يكون بقى منه زمن قليل أو كثير الا أنه تقدم لنا وجهان عن الامام غيما اذا كان البائع بعيدا حكيناها فيما اذا رضى أحد المشتريين بالعيب تفريعا على منع الاستقلال بالرد • والأصح منهما الرجوع بالأرش ، فليكن الوجه الآخر جاريا هنا لكنه ضعيف مفرع على ضعفه ، ولنا خلاف هناك أنه لو رد أحدهما الجميع عند حصوله فى ملكه وأراد استرجاع نصف الثمن هل يجبر البائع عليه كما فى مسألة المنعل ؟ ( فان قلنا ) بالاجبار فهنا أن يرد الولد معها يحتمل أن يكون كذلك فان لم يفعل سقط حقه من الرد وتعين الأرش ولا يعقل فى هذه المواضع كلها عن غرض المسألة غيما اذا لم يحدث عيب جديد •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان اشتراها وهى حامل فولدت عنده ( فان قلنا ) ان الحمل له حكم ، رد الجميع ( وان قلنا ) لا حكم للحمل ، رد الأم دون الولد ) •

( الشرح ) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح ، أن له حكما ويقابله قسط من الثمن ويحبسه على استيفاء الثمن . فالصحيح أنه يرد الجميع ، وعلى الثانى يكون الولد كالولد الحادث فيأتى فيه الخلاف فى الرد قبل بلوغه سن التفريق ، والأصح المنع كما تقدم ، خلافا للمصنف رحمه الله . ويأتى فيه أيضا ما تقدم فى الولد الحادث قبل القبض ان حصلت الولادة قبل القبض من الخلاف فى حبسه بالثمن ، ورجوعه الى البائع عند اتفاق فسخ أو انفساخ على ما تقدم ، وسواء قلنا له رد الجميع على الصحيح أو رد الأم دون الولد على القول الآخر ، فشرطه على ما قال الماوردى والرويانى والرافعى رحمهم الله وألهمهم كلام ابن الصباغ أن يكون حصل لها بالوضع نقص ، فان حصل نقص فلا رد .

وقد تقدم أن ابن الرفعة قال : قياسه أن يتخرج على الوجهين ، يعنى فى العيب الذى تقدم سببه ، هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ والأصح أنه من ضمان البائع ، فينبغى على ذلك أن يرد ، وان حصل نقص وأيد ذاك بما اذا أصدقها جارية حائلا ثم حملت فى يده ثم وضعت فى يدها ثم طلقها ، وأن الرافعى رحمه الله حكى فى نسبة النقص الحاصل اليه أو اليها وجهين ، وهذا الذى ذكره ابن الرفعة قوى وقياسه أن يكون الأصح أنه يرد ، ولكن الماوردى وابن الصباغ جزما بخلاف ذلك .

واعلم أنى قدمت عن القاضى حسين والبعوى والرافعى ما يقتضى أن الخلاف فى كون ذلك مع ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري جار مع العلم ، وغرعوا عليه أنه يرد الجارية بعد زوال البكارة والعبد بعد قطع يده بعيب آخر قديم مع العلم بالتزوج والجنائية على قولنا : ان ذلك من ضمان البائع ، وهو الصحيح الذى استشكله هناك وقلت : ينبغى أن يكون الرضا بالعيب قطعاً لأثره حتى يكون ما يوجد فى يد المشتري ، وان كان من سببه منسوباً الى يد المشتري لرضاه لسببه دون البائع ، ولم أر من اعتضد به فى ذلك النقل ، ولا ما يرده الا كلام القاضى حسين ومن تبعه على سبيل التفريع ، فان كان الأمر كما قلت فقد اندفع الاشكال عن الماوردى وابن الصباغ هنا ، فان

المشتري عالم بالحمل ، فكذاك النقصان الحادث عنده منسوب اليه . وقد وجدت بعد ذاك بآخر التتمة صرح بامتناع الرد اذا علم بالزوجية ثم أزال الزوج بكارتها بعد القبض ، ووجد بها عيبا آخر وقد ألحقته هناك فاندفع السؤال .

نعم لو لم يعلم بالحمل كان ذلك من ضمان البائع ولا يمنع الرد حينئذ ولا يندفع الاشكال عن الراعى لتصريحه بالحكمين في المسألتين على أن الماوردي رحمه الله في أصل المسألة مال الى أن ذلك من ضمان المشتري ، فلعله ذكر التفريع هنا على ما مال اليه هناك فلا يرد عليه شيء ، وان كان الأمر كما ذكره القاضي حسين ومن تبعه ، وأن الحادث الذي تقدم سببه منسوب الى البائع في عدم منع الرد بغيره مع علم المشتري ، وان لم يكن يرد به فطريق الجواب يحتاج الى تأويل . والذي خطر لي الآن أن يحمل المنع من الرد على حالة يحصل فيها من الولادة نقصان عن قيمتها مع الحمل ، فانه رضى بها حاملا فالغالب أنها بالولادة تزيد قيمتها . عن حالة الحمل فان الحمل عيب فاذا نقصت بالولادة عن قيمتها حاملا كان ذلك عيبا جديدا مانعا من الرد ، لأنه ليس الغالب حصوله بسبب الحمل والذي لا يغلب حصوله من السبب المتقدم تبعد نسبته اليه ، فلذلك لم يجعل من ضمان البائع فيكون مانعا من الرد بعيب آخر .

وأما مسألة الصداق فتحمل على أن المراد النقصان عن حالة الخيار ، وهي الحالة التي كانت عليها عند الاصداق ، ولا شك أن الجارية اذا حبلت وولدت تنقص قيمتها عما كانت عليه قبل ذلك ، والنقص بالحمل قد زال بالوضع وبقي النقص الآخر عن حالة الحبال ، فالولادة في يد الزوجة وسببها في يد الزوج وهو مما فعلت ، ولا يندر فيجزى فيه الخلاف ، فان فرض نقص بالولادة عن حالة الحمل الحاصل في يد البائع ، فهو نقص جديد يتجه أن يكون من ضمان الزوجة ، كما في المشتري هنا ، هذا ما خطر لي في ذلك ، وفيه نظر ، والله أعلم .

( فرع ) أطلق الراعى رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ، ولم يفرق بين ما بعد القبض وما قبله ، والمباوردي وابن الصباغ

رحمهما الله فرضا المسألة فيما اذا كانت الولادة عند المشتري ، كما فرض المصنف رحمه الله ، ولا شك أنها اذا ولدت قبل القبض ولم يحصل نقض ترد اذا اطلع على عيب آخر ، أما اذا حصل نقص فقد قدمت كلاما في أن العيب الحادث قبل القبض اذا استند الى أمر سابق علم المشتري هل يكون موجبا للرد أو لا ؟ وهل يكون مانعا من الرد بغير أو لا ؟ والذي ظهر أنه ليس موجبا ولا مانعا وقد صرح صاحب التتمة أنه اذا اشترى امة مزوجة عالما بتزويجها ، فأزال بكارتها قبل القبض ، ثم اطلع على عيب بها ، هذا ما يقتضى تقييد كلام الراعى رحمه الله ، والله أعلم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يردھا  
لأنه انتفاع لا يتضمن نقضا فلم يمنع الرد كالاستخدام ) •

( الشرح ) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب •

( أحدها ) أن يردھا كما ذكره المصنف ، ولا يرد معها شيئا ، وهو مذهبنا الذى نص عليه الشافعى والأصحاب ، ولم يختلفوا فيه ، وبه قال زيد بن ثابت فيما قيل وعثمان ومالك والليث بن سعد وأبو ثور ، ولا فرق عندنا في ذلك بين أن يكون بعد القبض أو قبله ، ولا يكون بالوطء قابضا لها على المشهور ، ولا مهر عليه ان سلمت وقبضها ، فان تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع ؟ وجهان بناء على أن الفسخ قبل القبض رفع للعقد من أصله أو من حينه ؟ والصحيح لا مهر ولا فرق بين أن يكون المردود عليه ممن تحرم عليه بوطء المشتري كأب وابنه أو لا فان ذلك لا يمنع الرد •

( والمذهب الثانى ) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ، وهو قول أبى حنيفة والثورى وأبى يوسف واسحاق ، وروى ذلك عن عمر وعلى بن أبى طالب وابن سيرين والزهري •

( والثالث ) أنه يردّها ويردّ معها مهر مثلها ، وهو قول ابن أبي ليلى وشريح في رواية ، وقيل : أنه روى نحو ذلك عن عمر قال ابن المنذر : المهر في قول ابن أبي ليلى يأخذ العشر من قيمتها ونصفا فيجعل المهر نصف ذلك يعنى يكون المهر ثلاثة أرباع عشر قيمتها • بذلك صرح عنه غيره •

( الرابع ) يردّها ويردّ معها مهر مثلها بالغاً ما بلغ ، وهو قول ابن شبرمة ، والحسن بن حي وعبد الله بن الحسن •

( والخامس ) يردّها ويردّ معها نصف عشر ثمنها ، وهو قول شريح والنخعي وقتادة ، وروى من طريق الشعبي عن عمر •

( والسادس ) يردّها ويردّ معها حكومة وهو قول الشعبي •

( والسابع ) أنها لازمة ، لو صح ذلك عن الحسن وعمر ابن عبد العزيز ، وهى رواية عن على بن أبى طالب ، فلا يردّها ولا يرجع بشيء على هذا القول •

( والثامن ) يردّها ويردّ معها عشر ثمنها ، وهو قول ابن المسيب ، وروى عن ابن المسيب يردّ معها عشرة دنانير ، ولعل ذلك كان عشر ثمنها فلذلك لم أعده مذهباً آخر دون تحقيق • هذا في وطء الثيب • وأما البكر فسيأتى الكلام فيها في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، ومن هذه الأقوال التى حكيتها ما وردت مطلقة من غير تخصيص لثيب ولا بكر ، وهو قول الشعبي والحسن وابن المسيب وهذه المذاهب الثمانية ترجع الى أربعة أقوال يردّها ولا شيء معها كمذهبنا ، أو بامتناع ردها والرجوع بالأرث ، كمذهب أبى حنيفة ، أو بامتناع ردها ولا يرجع بشيء كمذهب الحسن وعمر بن عبد العزيز ، أو يردّها ويردّ معها شيئاً كمذهب الباقيين •

فأما من يقول : بردها ورد شيء معها فالوجه تأخير الكلام عليه ، وتقديم الكلام على المذهبين الأولين عليه ، الثالث يشارك الثانى في القول بامتناع الرد عليهما في ذلك واحد ، فليجعل الكلام في جواز الرد

وامتناعه ، ومعتمدنا في ذلك أن وطء الثيب شيء لا ينقص من عينها ولا من قيمتها ولا يتضمن الرضا بعينها فوجب أن لا يمتنع من ردها بالاستخدام ، وقولنا لا ينقص من عينها احتراز من قطع الطرف ومن قيمتها احتراز من حدوث عيب في يد المشتري . وقلنا : ولا يتضمن الرضا بعينها احتراز من وطئها بعد العلم بعينها وغير ذلك مما يوجب الرضا . وهذا الدليل الذي ذكره المصنف ، واستدلال الشافعي رضي الله عنه بأن الوطء أقل ضررا من الخدمة ، يعني أن الوطء يمتنع ويلذ ويطرب والخدمة تلذ وتزيت<sup>(١)</sup> ، وتتعيب ، فإذا لم تمنع الخدمة من الرد فالوطء أولى أن لا يمتنع ، فهذا الدليل هو الاول لكن بقياس الاولى . وأيضا بالقياس على وطء الزوج . وقد اتفقوا على أنه لا يمتنع الرد . ولذلك اذا أكرهها انسان على الوطء فإن كان وطء الثيب يقتضي وجوب أن يقع وطء الزوجة والمكرهة ، فإن لم ينقص وجب أن لا يمتنع وطء السيد ، وبالقياس على ما اذا غصبها المشتري من البائع فوطئها ثم ردها حتى يوفيه الثمن ، فلما وفاه وسلمها اليه وجد بها عيبا له أن يردها عندنا وعندهم ، فإن اعتذروا عن وطء الزوج بأنه مستحق ، فوطء المشتري مستحق ، وأيضا يبطل بوطء الزوج بالبكر فإنه مستحق . ومع ذلك قالوا بامتناع ردها ، فإن اعتذروا بان منافع بضع الزوجة غير مملوكة بالثراء وانما يمتنع الرد بوطء السيد لانه كانه حبس بعض أجزاء المبيع فذلك منع وطء السيد ولم يمتنع وطء الزوج الثيب .

وأما البكر فجدة البكارة مستحقة للمشتري لأنها عين حقيقة ، والنكاح محل المنافع الا أن تلك الجدة تتلف للضرورة ، واذا كانت مستحقة بالمبيع فأتلفها الزوج امتنع الرد لفوات بعض المبيع .

( فالجواب ) أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد بدليل أن الزوج لو طلق كانت له ولو وطئت بشبهة استحق المهر وكون جدة البكارة جزءا من المبيع مع كونها مستحقة لالزوجة لا يفيد ، لأنه مأذون فيها شرعا ، فلو لم تكن للنقص لما منع ذلك من الرد ، وقد تعلق

(١) قال في القاموس : زاتهم أطعمهم اياه ، واستزات طلب الزيت .  
( المطبوع )

المخالفون في ذلك بأمرين ( أحدهما ) أن الصحابة رضى الله عنهم في هذه المسألة على قولين ( أحدهما ) أنه لا يرد ، وهو قول على بن أبي طالب رضى الله عنه ( والثاني ) يردّها ويرد معها المهر . وهو قول عمر رضى الله عنه ، فالقول بأنه يردّها ولا شيء معها أحداث قول ثالث وهو غير جائز ، وأورده ابن السمعاني والغزالي ومحمد بن يحيى عنهم فقالوا : ان عليا وابن عمر رضى الله عنهم قالوا : لا يردّها . وعمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهما قالوا : يردّها ويرد معها نصف عشر قيمتها ، وأيراده على الوجه الأول الأشهر ، وأقرب في النقل ، والجواب عنه من وجوه :

( أحدهما ) ما أشار اليه الشافعي رضى الله عنه في اختلاف الحديث فإنه بحث مع من خالفه وحكى عنه أنه قال : رويانا ذلك عن علي . قال الشافعي : قلت : أغتيت عن علي ؟ فقال بعض من حضره : لا . . . فرويانا عن عمر يردّها . وذكر عشرين أو نحو ذلك . قال الشافعي : قلت : أو ثبت عن عمر ؟ قال بعض من حضره : لا . . . قلت : وكيف تحتج بما لا يثبت وأنت تخالف عمر لو كان قاله ؟ وهذا الكلام من الشافعي رضى الله عنه إشارة إلى أنه لم يثبت ذلك عن عمر ، ولا عن علي رضى الله عنهما . وقد وقفت على الأسانيد وورود ذلك عنهما فرأيتها ضعيفة . وأمثلة الرواية عن علي ، فإنه لا يردّها ويرجع بقيمة العيب ، وهي منقطعة لأنها من رواية علي بن الحسين ولم يدرك جده ، ولولا ذلك لكانت صحيحة فأنها من رواية ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه عن جده عن علي رضى الله عنهم .

ولعل حفص بن غياث أو مسلمة ممن كان حاضرا مناظرة الشافعي ، فإنه كان قاضي الكوفة ، حنفيا جليلا ثقة ، ونقله البيهقي من طريق جماعة عن جعفر . . . ورويت متصلة بطريق ضعيفة ليست بمحفوظة . ونقل القاضي أبو الطيب أن الشافعي قال في اختلاف الأحاديث : لا يثبت عن أحد من الصحابة في ذلك شيء وإذا كان كذلك سقط التمسك الذي ذكروه ، والذي رأيته في اختلاف الحديث ما ذكرته ، ورأيت في اختلاف العراقيين قال : ولا يعلم ثبت عن عمر ولا عن علي ، ولا عن واحد

منهما أنه قال خلاف هذا القول يعنى قول الشافعى • وقال أبو المظفر ابن السمعاني : قد جهدت غاية الجهد أن أجد ما قالوه في كتاب فلم أجده وإنما هي حكاية أخذها أهل العلم من التعليقات ، وسمى السواد على البياض ، ولم يرد عن واحد من الصحابة شيء سوى على •

( الثانى ) أنه قد روى مثل مذهبنا عن زيد بن ثابت • ذكره أبو على الطبرى في مسائله الكثيرة فيما نقله أبو حامد عنه • قال القاضى أبو الطيب : وحكى لنا ذلك — يعنى الرواية عن زيد — أبو الحسن الماسرجسى — ونقله المصنف في النكت • وإذا اختلفت الصحابة وجب الرجوع الى القياس ، لكن أبا المظفر ابن السمعاني قال : ان هذا النقل عن زيد ليس بصحيح •

( الثالث ) أنه قول صحابييين لم يعلم انتشاره ، والقياس بخلافه فيقدم عليه •

( الرابع ) أن مذهبنا موافق لعمر ، فإنه أثبت الرد فوافقناه في أصل الرد • والاختلاف بعد ذلك في أنه يرد معها شيئاً أو لا • اختلاف في كيفية الرد •

( الخامس ) أن احداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه ، ونحن هنا وافقنا بعضهم في جواز الرد وبعضهم في اسقاط المهر ، فلم يكن ذلك خرقاً للإجماع •

( الأمر الثانى ) مما تعلقوا به القياس على وطء البكر ، لأن كلاماً ما يقرر المسمى في النكاح ، وعلى ما اذا زنت ، ويأثم ينالها في ذلك ابتذال وينقصها • فإنه قد يكون المشتري أبا البائع أو ابنه فيحرم فحرم عليه ، فمنع الرد كسائر العيوب • وتعلقوا أيضاً بأن الوطء جناية ، لأنه لا يخلو عن عقر أو عقوبة في الغالب ، ولا يباح بالاباحة فأتى به القطع • والرد رفع للعقد من أصله ، فلو ردها كان الوطء حاصلاً في ملك البائع ، وهذا لا يجوز ، لأن الوطء في ملك الغير لا يخلو عن المهر ، ولا يجوز أن يوجب المهر ولا أن يردها بغير مهر • فبطل الرد •

وربما قالوا في هذا : انه اذا كان واقعا في ملك الغير كان عيبا فيمنع الفسخ فلو نفذ الفسخ لما بعد . ونقلوا عن محمد بن الحسن أن الوطاء لا يخلو عن عقر أو عقوبة إلا اذا كان في الملك ، وقد انتفيا عن المشتري بالاجماع . فلو فسخ لا يبقى الملك من أصله . فذلك وجب اسقاط الملك . وقوله : انه انتفيا عن المشتري بالاجماع ينبغي أن يؤول : فانه قد تقدم عن ابن أبي ليلى وغيره إيجاب المهر ، وبأن منافع البضع في حكم الأجزاء . والمشتري ألتفها ، فصار كما لو تلف الولد والزوائد ، ويعود البحث في مسألة الزوائد .

وانما استدلوا به على أن الوطاء تنقيص للملك وصرف مهر الجارية الموطوءة بالشبهة الى سيدها ، فلو كان المهر نصيبا البضع فقط لوجب لله كالكفارة ، فلما صرف الى السيد دل على أن منافع البضع كالأجزاء وان لم تنقص القيمة كيد الذكر والأنثيين ، يصرف للسيد وان لم تنقص المالية بمنفعة البضع : الحكم في حكم الأجزاء وغوات الأجزاء يمنع الرد : ومما يدل على أنها في حكم الأجزاء أن الكافر لا يملكه على المسلمة . ويمنع من الرد في خيار الشرط بخلاف المنافع . وذلك أن منافع البضع في الشرع محترمة مشرفة ، لأنها سبب النسل في العالم ، فلهذا وحرمتها التحقت بالأجزاء شرعا .

( والجواب ) أن وطاء البكر والزنا منقصان للقيمة . بل زوال البكارة وحدها بغير وطاء منقص ، والابتذال ان سلمه كالأستخدام ، وكون المشتري أبا البائع أو ابنه لا يعتبر في معيوب شخص من الأشخاص ، بل المعتبر ما ينقص قيمة الشيء ولا يؤثر الا ما له أثر في المالية . وقولهم : انه جنائية ممنوع . لأن الجنائية تنقص القيمة . وهذا بخلافه . ولو كان جنائية لمنع من الأجنبى اذا وطئ مكرهة ومن الزوج .

وقولهم : لا يباح بالاباحة . ينتقض بما دون الوطاء . هكذا نقض بعض الأصحاب عليهم ونقل بعضهم أن ما دون الوطاء من الاستمتاع مانع الرد أيضا . فعلى هذا لا يتوجه النقض وعن قولهم : لا يخلو عن مال أو عقوبة أن الجنائية قد تخلو من المال ، والعقوبة

إذا قال الرجل : أقطع يدي فقصعها • وعن قولهم : الرد فسخ للعقد من أصله تتقدم ثم أثر ذلك انما يظهر ذلك في الأعيان أما المنافع البعضية فلا •

ثم لو كان ذلك صحيحا لما جاز الرد إذا رضى البائع ، وهو جائز وإيجاب المهر في البضع عن المنفعة ، والسيد يستحقها ، فلا ضرورة الى تقديرها جزءا وتقدير المهر بعيد ، مما يدل على أنه ليس بجزء أنه لا يجبر به في المراجعة • ولا يسقط به قبل القبض من الثمن شيء ، ولا يضمنه العاصب عندهم ، وانما لم يملكه الكافر على المسلمة ، لأن فيه ادخال ذل على الاسلام ، والوطء في خيار الشرط فيه وجهان ، فان سلمه فلأنه مع العلم بالخيار يتضمن الرضا ، فهنا وطء قبل العلم بالخيار ، واعتذر أبو زيد عن الوطء قبل القبض بأنه وقع في حكم ملك البائع • لأنه تصرف ولا ينتقل التصرف الا بالقبض فبقى على ملك البائع ، فلم يجز أن يجعل جنائية • وهذا ضعيف ، فهذا ما تيسر ذكره •

وحرف المسألة أن أبا حنيفة لاحظ غرض البائع وما يحصل له من النفرة والتغير والأنفة ، والشافعي لاحظ الأمر العام وأن عادة التجار إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقله الوطئات وكثرتها ، ولا ينقص من قيمتها شيئا ، فان غرض وطء ينقص القيمة ، فليس غرض المسألة ، والله أعلم •

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه ، وقد اتفقوا هنا على جواز الرد ، وعلى أنه لا يجب المهر الا ما سنحكيه من مقتضى كلام القاضى حسين وهذا الاتفاق يدل على أن أثر ذلك عند من قال به انما هو في الأعيان • أما المنافع فلا ، وهو يقوى ما تقدم من البحث فيه ، والا فلو أثبتنا عدم الملك كان ينبغي وجوب المهر ، وقد حكى القاضى حسين فيما اذا وطئ المشتري الجارية المبيعة الثيب قبل القبض ، ثم ماتت ، أنه هل يغرم المشتري للبائع المهر ؟ على وجهين ( ان قلنا ) يفسخ من الأصل غرم والا فلا ، وقياس ذلك أن يأتي في الرد بالعيب ، ولم أرهم ذكره ، وبتقرير ثبوته

فهو مختص بما قبل القبض لضعفه ملك المشتري . وبقاء علقه ملك البائع ، فلا يلزم من ذلك طرده بعد القبض على الطريقة الضعيفة الطاردة للقولين فيما بعد القبض ، وفيه نظر ، هذا ما يتعلق من يقول بمنع الرد .

وأما المذاهب النافية فمذهب ابن شبرمة أقربها لأنه يقول بردها مع مهر المثل بالغاً ما بلغ ، وهو يتخرج على ما تقدم من ارتفاع العقد من أصله تخريجا ظاهرا وجوابه ما تقدم . وأما من قال : يردا ويرد شيئا يتقدر معها فتحكام لا دليل عليها . وأما من قال بامتناع ردها ولا يرجع بشيء فبعيد ، فإن العيب القديم يجب الرجوع بأرشفه اذا امتنع الرد . اللهم الا أن يطرد الجزء مذهبه ويمنع من أخذ الأرش ، والله أعلم .

( فرع ) هذا كله في وطء المشتري ، غلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد ، وإن كانت مختارة فهو زنا وهو عيب حادث يمنع الرد ، وإن كان قبل القبض ، فإن كانت زانية فعيب يوجب الرد ، وإن كانت شبهة أو مكرهة فليس بعيب ويجب المهر على الأجنبي للمشتري ، وأما البائع ففى وجوب المهر عليه وجهان ، بناء على جناية البائع على المبيع قبل القبض ( إن قلنا ) كاخة سماوية لم يجب والا وجب ، وهما كالوجهين في الانتفاع بالمبيع قبل القبض ، فإن ماتت بعد وطء البائع قبل القبض وقلنا العقد يرتفع من أصله لم يغرم المهر ( وإن قلنا ) من حينه فوجهان بناء على القولين في جناية البائع ، قال ذلك القاضى حسين : وإن ماتت بعد وطء الأجنبي قبل القبض ( فإن قلنا ) يفسخ العقد من أصله فالمهر للبائع ( وإن قلنا ) من حينه فله المشتري ، قاله القاضى حسين . وفي وجوب الحد على البائع اذا وطئها جاهلا بالتحريم وجهان في التتمة ، هذا في الثيب أما في البكر ففيها زيادة أحكام ستأتى ان شاء الله تعالى .

( فرع ) ما ذكرناه من أن الوطء اذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد . استثنى القاضى حسين منه ما اذا لم تنقص قيمتها بالزنا ، بأن كانت معروفة بالزنا واشتراها على ذلك ، فإنه لا يمنع به الرد ،

ذكرت ذلك في جوابه عن اعتراض الحنفية • وكذلك ذكره صاحب التتمة وطرده في الاباحة والسرقة اذا حدثت ولم تنقص القيمة • قال : لأنها عيب من طريق الحكم ، يعنى بخلاف البرص ونحوه اذا زاد ، فإنه عيب من حيث المشاهدة •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان وجد العيب وقد نقص المبيع — نظرت فان كان النقص بمعنى لا يقف استعلام العيب على جنسه كوطء البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة — لم يجز له الرد بالعيب لأنه أخذه من البائع وبه عيب ، فلا يجوز رده وبه عيبان من غير رضاه ، وينتقل حقه الى الأرض لأنه فات جزء من المبيع وتعذر الفسخ بالرد فوجب أن يرجع الى بدل الجزء الفائت وهو الأرض ) •

( الشرح ) النقص الحاصل لرخص السعر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر ، فذلك قال المصنف : المعنى أى حاصل فى المبيع ، وامتناع الرد فى اقتضاى البكر وقطع الثوب وتزويج الأمة اذا لم يكن لها سبب سابق ولا ضم معها الأرض ، لا خلاف فيه عندنا ، لأنها عيوب حادثة فى يد المشتري ، فلو رده وبه عيبان كما قال المصنف فى وطء البكر ومذاهب السلف ، قال ابن جريج والنخعي : يردّها ونصف عشر ثمنها ، وتقدم فى وطء الثيب حكاية ثلاثة مذاهب مطلقة فى الوطء والظاهر أنها مطردة فى البكر ، وكلها ضعيفة ، واتفقوا فى البكر على أنها بعد الاغتضاى لا ترد مجاناً ، لأن المتقدمين أجمعوا على قولين ( اما ) امتناع الرد ( واما ) الرد مع الأرض ، وجعلوا ذلك مثالا لامتناع احداث القول الثالث كما هو رأى أكثر الأصوليين ولاسيما هنا فان فيه دفع ما أجمعوا عليه •

وقد تكلم الشافعى فى المختصر على اغتضاى البكر فقال : وان كانت بكرا فافترضها لم يكن له أن يردّها ناقصة بما بين قيمتها صحيحة ومعينة من الثمن • ثم تكلم بعد عن مسائل ، تكلم عن حدوث العيب عند المشتري فقال : فان حدث عنده عيب كان له قيمة العيب الا أن

يرضى البائع أن يقبلها ناقصة ، فيكون ذلك له الا أن يشاء المشتري حبسها ، ولا يرجع بشيء ، وتبعه الأصحاب على ذلك وتكلموا على كل من المسألتين وحدها . وجزموا في وطء البكر أنه مانع من الرد وقالوا في مسألة حدوث العيب : انه يمنع الرد به .

وقال ابن سيرين والنخعي والزهرى على ما نقله ابن المنذر وغيره ، والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة ، وقال الشعبي : أبطل الآخر الأول . وهذا يحتمل أن يكون موافقا لما قلناه ، ويحتمل أن يكون بمنع الرد ولا يرجع بشيء ، وذهب حماد بن أبى سليمان وأحمد وأبو ثور الى أنه يرد السلعة وأرشد العيب الذى حدث عنده قياسا على المصراة .

وقال الماوردي : ان أبا ثور روى ذلك عن الشافعى رضى الله عنه فى القديم وهذا يرجع الى الوجه المشهور الذى فى طريقة الخراسانيين فيما اذا طلب المشتري الرد مع الأرشد ، والبائع أعطاه الأرشد وبقاء العقد ، وبالعكس من ايجاب كل منهما : وسنذكره ان شاء الله تعالى .

ولذلك قال المرعى : قطع الثوب من الصور التى فيها قولان :

( أحدهما ) يرده وأرشد القطع .

( والثانى ) يأخذ الأرشد . فلا تنافى بين الكلامين : ولكن هل نقول الواجب له ابتداء له الرد مع بدل الأرشد ؟ أو يتخير بين ذلك وبين طلب الأرشد . أو ليس له أخذ الأرشد الا أن يختار البائع كما يقتضيه ظاهر قول الشافعى رضى الله عنه فى المختصر والأصحاب ؟ فيه بحث ينبئ عليه أنه هل تجب عليه المبادرة الى الرد وبدل الأرشد أو لا ؟ ( ان قلنا ) بالأول وجب ( وان قلنا ) بالثانى أو الثالث لم يجب . وسيأتى الكلام فى ذلك ان شاء الله تعالى . واحتمال رابع وهو ما يقتضيه كلام الرافعى أنه حقه أولا فى الرد وحده . فان امتنع البائع جاءت هذه الاحتمالات وسنذكره ان شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك نحل ذلك جار في وطء البكر أو لا ؛ فغرب الأوب .  
 وإطلاق كلامهم يقتضيه . وإنما أفردت مسألة وطء البكر وحدها لأنهم  
 ذكروه عقب وطء الشيب . والبحث فيها مع الحنفية ، فإننا نوافقهم على  
 أن وطء البكر مانع . ويحتمل على بعد أن يقال هما مسألتان فوطء  
 البكر وشبهه مما فيه غوات جزء كالخصاء ، أو قطع طرف من أطرافه ،  
 أو قطع اصبع زائدة ، سقط حقه من الرد ، وينتقل إلى الأرض جزماً  
 إلا أن يرضى البائع بالرد والعيوب التي تنقص القيمة فقط يجرى فيها  
 خلاف أبي ثور ، والوجوه التي ستأتي ، فعلى الوجه الذي يقول بإجابة  
 المشتري لم يسقط حقه من الرد ، بل حقه في الرد باق مع إعطاء  
 الأرض ، أما على التعيين أو على التخيير بينه وبين أخذ الأرض كما  
 تقدم ، وسيأتي إذا اتبعنا رأي المشتري .

ويؤيد هذا الاحتمال أن القاضي أبا الطيب نقل الإجماع على أنه  
 إذا قطع طرف من أطرافه في يد المشتري ثم وجد به عيباً قديماً أنه  
 لا يجوز له رده ، ووضع الشافعي والمصنف من الخلاف كابن المنذر  
 وغيره مسألة الوطء وخدها ومسألة حدوث العيب وحدها ، وما تقدم  
 عن الشعبي عامة قال في الجارية توطأ : يردها ويرد معها حكومة ،  
 وفي الجارية يحدث بها عيب مبطل للعيب الأول . وهذا يقتضي التغاير  
 بين المسألتين والأول أوفق لاطلاقهم ولعموم كلام الشافعي في المسألة  
 الثانية ، ولكلام المصنف فإنه سوى بين وطء البكر وقطع الثوب وتزويج  
 الأمة وليس في الثاني والثالث غوات جزء ولا ينحل أن هذه الثلاثة  
 مشتركة في أنها صادرة من المشتري فتكون محل الجزم ، ويخص  
 الخلاف بما لم يكن من جهة المشتري لنقل أبي الطيب الإجماع في قطع  
 الطرف في يد المشتري ، فالأقرب أن العيوب كلها سواء في منع الرد  
 الذي لم يضم معه الأرض أما إذا ضم معه الأرض فعلى ما سيأتي .

وعلى رأي المصنف — وهو الصحيح على ما سيأتي — يمتنع مطلقاً  
 إلا برضا البائع لأنه يجاب من طلب تقرير العقد على الصحيح فذلك  
 صح إطلاق المصنف هنا . ومحل الاتفاق أيضاً ما لم يكن العيب الحادث  
 له سبب متقدم ، فإن كان له سبب متقدم فلا يمنع على الأصح كما تقدم  
 بمبحث حمل كلام المصنف على ما لا سبب له متقدماً ، ومن ذلك ما إذا

اشترى بكرة مزوجة جاهلا غافلتها الزوج وقد تقدم • وممن صرح به هنا القاضي حسين ، وتقدم فيه بحث . وجمع المصنف بين وطء البكر وقطع الثوب قيل : لأن أبا حنيفة وافق في وطء البكر وخالف في قطع الثوب فغلبه قياس أحدهما على الآخر ، وقوله : وطء البكر محمول على افتضاها ، فلو كانت غورا فوطئها ولم تزل بكرتها فهو كوطء الشيب بما يظهر •

واعلم أن زوال البكرة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام ، سأفرد لها فرعاً في آخر الكلام ان شاء الله تعالى • وقوله : من غير رضاه مفهم أنه لو رضى البائع بالرد جاز وهو كذلك • لكن فيه بحث فان قوله في أول الكلام نقص المبيع يدخل فيه جميع أنواع النقص والنقص قد يكون نقص صفة مخفية كقطع الثوب والتزويج وقد يكون نقصان عين ، ولكنها في حكم الوصف كزوال البكرة فان جلد البكرة — وان كانت عينا — لكنها لا تقابل بقسط من الثمن ، ولذلك لا يسقط من الثمن بزوالها قبل القبض شيء وقد يكون نقصان عين مقابلة بجزء من الثمن ، كاحتراق بعض الثوب ، فأما القسم الأولان فجواز الرد اذا تراضيا عليه ظاهر وأما القسم الثالث فينبغي أن يكون كما اذا رضى البائع أن يرد عليه بعض المبيع • والأصح جوازه : وقد تقدم فيه أنه لا يجوز • اذا قلنا : لا يجوز تفريق الصفقة وشرط النقص المانع من الرد بالاتفاق أن لا يكون له أمد ينتظر • فلو كان قريب الزوال ففيه خلاف مذكور في طريقة الخراسانيين سأذكره في التنبيه الذي في آخر الكلام ان شاء الله تعالى •

( وقوله ) وينتقل حقه الى الأرض ، ظاهره أنه لا حق للمشتري في الرد لا على التعيين ، ولا على التخيير ، وهو أحد الاحتمالات المتقدمة ، وسنعيد الكلام فيها ان شاء الله تعالى ( وقوله ) لأنه غات جزء من المبيع انما يظهر في القسم الثاني والثالث المتقدمين •

( أما الأول ) وهو ما فيه نقصان صفة محضة فلا ، الا أن يتجاوز في اطلاق اسم الجزء عليها • ويدل ذلك قوله : بدل الجزء الفائت . لكنه ههنا منزل منزلة الجزء شرعا بدليل جبره بالأرض : فلو لم يكن كالجزء لم يستحق الأرض في مقابلته لكنه ليس جزءا

حقيقيا ، والا لزم أن يسقط من الثمن شيء في مقابلته : وان رضى المشتري بالرد ، وأن لا يصح بيع أصلا حتى يحصر الأوصاف التى يجب الأرش بفواتها ، وهى غير محصورة ويستثنى من قول المصنف ، وينتقل حقه الى الأرش ما اذا كان العيب القديم هو الخفاء ولم تنقص به القيمة ، فانه لا أرش له وسأذكر قريبا أن كلام المصنف دال على ذلك فيما سيأتى •

ويؤخذ من قول المصنف : ان الأرش بدل عن الجزء الفائت ، فيكون جزءا من الثمن ، فليس عرفا جديدا ، وسيأتى الكلام فى ذلك •

( تنبيه ) هل يشترط المبادرة باعلام البائع ؟ قال المتولى والبعوى والرافعى : ان المشتري يعلم البائع بالحال فان رضى به معيبا قيل للمشتري : اما أن ترده ، واما أن تقنع به معيبا ، ولا شيء لك ، وان لم ترض فلابد من ضم الأرش ، صرح الرافعى والبعوى من بعد بأنه لو أخر الاعلام من غير عذر بطل حقه من الرد والأرش الا أن يكون العيب حادثا قريب الزوال غالبا كما سيأتى •

( قلت ) وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت فى الرد ، فان امتنع البائع انتقل الى الأرش ، وهو خلاف ظاهر عبارة المصنف ، وما حكيت من عبارة الشافعى وكذلك عبارة كثير من الأصحاب فان ظاهرها أن حقه ثابت فى الأرش الا أن يرضى البائع بأخذه معيبا ، وقد قدمت أن الاحتمالات أربعة بكلام الرافعى ، هذا وما ذكره الرافعى يدل عليه كلام الغزالى هنا وكلام الامام فى باب السلم ، ويؤخذ من كلامه وجهان فى ذلك أرجحهما عنده أنه لا يثبت الأرش الا الطلب الجازم • وأما اذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد والعدة التى لزمها من وطء شبهة ففى جواز التأخير قولان أو وجهان مذكوران فى طريقة الخراسانيين • عبر عنها البعوى بقولين والغزالى بوجهين •

( أحدهما ) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرش •

( والثانى ) لا ، كغيره من العيوب وعلة الغزالي بقدرته على طلب الأرض .

( فان قلت ) هذان الوجهان يدلان على أنه فيما ليس قريب الزوال لا يعذر في التأخير قطعا . ويكون الاعلام لطلب الرد والأرض على الفور وهو ما قاله الراغى . قلت : يحتمل ذلك ويحتمل أن يكون هذان الوجهان في أن له الرد بعد ذلك . وأن ذلك عذر في تأخير الرد أم لا ؟ فان جعلناه عذرا كان بعد زواله الرد واسترجاع جميع الثمن . وأن لم نجعله عذرا تعين حقه في الأرض والاحتمال الأول أقرب الى كلام الغزالي وعليه جرى الراغى . فان الغزالي صرح على قولنا أن لا يعذر أنه أبطل حقه . وظاهر ذلك حقه من الرد والأرض جميعا . فيقتضى أن طلب الأرض على الفور . فهم ابن الرفعة من كلام الغزالي أن الوجهين في تأخير طلب المشتري الرد مع بدل الأرض .

ثم قال : انه لا يبعد جريان مثلهما فيما اذا قلنا : ان حقه في طلب الأرض عن العيب القديم فأخر طلبه الى زوال الحادث . وبه صرح في الشامل في نظير ذلك اذا علم عيب الجارية بعدما حملت . والحمل ينقصها يرجع الأرض . وقيل للمشتري : أمسكها حتى تضع ويردها . وقد تقدم ذلك والذي أفهمه أن المسألة واحدة متى وجد عيب قديم وعيب جديد منتظر الزوال ، جرى الوجهان في جواز التأخير الى الرد من غير أرض أو طلب الأرض الآن . لكن هل تتعين الفورية في طلبه أو لا ؟ فيه ما سلف عن الغزالي والراغى من وجوب الفورية وعن غيرهما من عدمها . ولا فرق بين طلب الرد مع بدل الأرض وبين طلب الأرض بخلاف ما أفهم كلام ابن الرفعة من أنهما مسألتان .

نعم يلتف ذلك على البحث الذى تقدمت الإشارة اليه هل حق المشتري أو لا في الرد ؟ أو في طلب الأرض ( فان قلنا ) بالأول يظهر الخلاف في كون التأخير بهذا السبب عذرا أو لا ( وان قلنا ) بالثانى يظهر سقوط حقه من الرد . ولا يعين الأرض الا برضا البائع ، ولا تسترط الفورية . هذا ما يتضح عندى في ذلك ، والله عز وجل أعلم .

والوجه الذى حكاه صاحب الشامل معناه أنه يؤخر طلب الأرش • ويرد بعد الوضع • وأما تأخير طلب الأرش وحده بعد امتناع البائع من الرد فجائز قطعاً ولا يجب المبادرة الى أخذ الأرش ، ولذلك صرح صاحب التهذيب بأن أخذ الأرش ، لا يكون على الفور ، بل متى شاء أخذ وكذلك صاحب التتمة •

( فسر ) زوال البكارة اذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد ، سواء أكان بوطء المشتري أو البائع أو أجنبى وسواء أكان بآلة الافتضاخ أو بغيرها كاصبع أو خشبة أو ظفره أو وثبة أو غير ذلك كل ذلك مانع من الرد (١) إلا اذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فقد تقدم غيه وجهان وهما يثبتان هنا فى تعليقه القاضى حسين (أصحهما) عند الرافعى على ما تقدم هناك أنه غير مانع •

وقال صاحب التتمة : انه مانع فى صورة العلم دون الجهل ، وهو الأصح ، وان كان زوال البكارة قبل القبض — فان كان من الزوج — فان جهل المشتري الزوجية فلا اشكال فى أن ذلك موجب للرد ، فضلا عن كونه غير مانع ، وان علم المشتري الزوجية فقد تقدم الكلام فى هذا الباب ، فى موضعين ، على كونه موجبا للرد بسببه أو مانعا من الرد بغيره أو لا ؟ •

والذى ظهر أنه غير موجب ولا مانع وصرح صاحب التتمة بأنه غير مانع كما قلته ، وان كان من غيره فهو جنائية على المبيع قبل القبض سواء أكانت مكرهة أو مطاوعة ، وسواء أكان الواطئ عالما أو جاهلا ، والتفصيل فيه أنه ان كان من أجنبى فان كان بغير آلة الافتضاخ فعليه ما نقص من قيمتها ، وان افتضاها بآلته فعليه المهر ، وهل يدخل فيه أرش البكارة ، أو يفرد ؟ فيه ثلاثة أوجه (أصحها) عند الرافعى هنا يدخل فعليه مهر مثلها بكرا (والثانى) يفرد ، فعليه أرش البكارة ومهر مثلها ثيبا (والثالث) يجب أرش البكارة ومهر مثلها بكرا وهو الذى

---

(١) بياض بالأصل ولعل السقط : « بعد القبض » .

هزم به الشيخ أبو حامد في تعليقه في باب الشرط الذي يفسد البيع والرافعي هناك أيضا •

ثم المشتري ان أجاز العقد فالجميع له ، هكذا أطلق الرافعي ، وهو كذلك ان تم العقد • وأما ان ماتت قبل القبض فقال القاضي حسين أرش البكارة للبائع وجها واحدا كما لو قطع أجنبي يدها ثم ماتت في يد البائع فأرش القطع للبائع ، وفي مهر مثل الثيب وجهان ( ان قلنا ) ينفسخ من أصله فهو للبائع ( وان قلنا ) من حينه فالمشتري • وهذا الذي قاله القاضي حسين متعين ، وان غسخ المشتري العقد قال الرافعي : فقدر أرش البكارة للبائع لعودها اليه ناقصة والباقي للمشتري •

فأما قوله : أرش البكارة للبائع فهو شاهد لما قاله القاضي حسين • وأما قوله الثاني للمشتري فينبغي أن يكون ذلك على قولنا انه ينفسخ من حينه • أما اذا قلنا ينفسخ من حينه فيكون الجميع للبائع كما تقدم في كلام القاضي عند التلّف • وأما اذا افتضها البائع ، فان اختار المشتري فلا شيء على البائع ان قلنا جنائيته كالأفة السماوية • وان قلنا كالأجنبي فحكمه حكمه • هكذا قال الرافعي تبعا لصاحب التهذيب •

واختلف جواب القاضي حسين فيها ، فمرة قال كذلك وهو آخر قوليه ومرة قال فيما اذا كان بغير آلة الاختصاص يسقط من الثمن ما بين كونها بكرا وثيبا وكذلك اختلف قوله : فيما لو قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض واندمل ، وقلنا جنائيته كجنائية الأجنبي انه هل يجب عليه كمال القيمة أو نصفها ؟ قال : كما لو باع عشرة أصع حنطة بعشرة دراهم • ثم أتلّف البائع صاعا منها قبل القبض ، ينسقط عن المشتري عشر الثمن ، ولا يقول : يجب على البائع مثله ، لأنه عامد ، هكذا قاله القاضي ودعواه في هذه الصورة ممنوعة أيضا ، بل مقتضى التفريع أنه اذا أجاز المشتري يجب عليه مثله •

قال القاضي حسين : فيما اذا وطئها البائع واغتضاها ، وجعلنا جنائيته كجنائية الأجنبي ، وأجاز المشتري وقلنا : أرش البكارة ينفرد ،

ينظر كم نقص ذهاب البكارة من قيمتها ، فذلك القدر من الثمن يسقط  
ان نقص عشر قيمتها سقط من الثمن عشره ، ويجب من مهر مثلها شيئا  
ان جعلناه كالأجنبي ( وان قلنا ) أرش البكارة لا يفرد فيجب مهر  
مثلها بكرا مثلا مائة ، وثييا ثمانين . فخمس مهرها بكرا أرش البكارة .  
ان جعلناها كجناية الأجنبي ، سقط من الثمن بحصته وفي أربعة أخماس  
الثمن وجهان ، فان ماتت في يد البائع بعد افتضاضه سقط جميع الثمن .  
وقدر ما يقابل أرش البكارة لا يجب على البائع . وهل يغرم مهر مثلها  
ثييا ؟ ( ان قلنا : ) الفسخ رفع من أصله لم يغرم ( وان قلنا : )  
من حينه ، وجناية البائع كالأجنبي غرم .

هذا التفريع للقاضي حسين ، فانه لم يفرع الا على قوله الأول ،  
وفيه مخالفة كما قاله الرافعي في الحاقه بالأجنبي مطلقا ، وان فسخ  
المشتري فليس على البائع فسخ أرش البكارة وهل عليه مهر مثلها  
ثييا ؟ ان افتض بآلته يبنى على أن جنايته كالأفة السماوية يجب أم لا ؟  
وهكذا قال الرافعي ومقتضاه أنا ان قلنا : كالأفة السماوية لم يجب  
وهو صحيح .

( وان قلنا ) كالأجنبي وجب وينبغي اذا قلنا ان جنايته كالأجنبي  
فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، أو من حينه ( ان قلنا : )  
من أصله لم يجب أيضا والا وجب . وفي هذين القسمين زوال البكارة  
من البائع ومن الأجنبي قبل القبض لا يمنع الرد بالعيب القديم ،  
بل هذا عيب آخر مثبت للرد ، وأما اذا افتضاها المشتري قبل القبض  
فيسشعر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها . وهو تعيب مانع  
من الرد بالعيب القديم ، فان سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكماله ،  
وان تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقص الافتضاض من الثمن .

وهل عليه مهر ثيب ؟ يبنى على أن العقد يفسخ من أصله أو من  
حينه ، هكذا قاله الرافعي ، وجعل القاضي حسين ذلك تفريعا على  
قولنا ان أرش البكارة يفرد عن المهر ، فان قلنا لا يفرد قال فيتقرر  
على المشتري من الثمن بقدر ما يقابله باعتبار القيمة . وفي الباقي من  
المهر الوجهان . وبين التقديرين اختلاف ، فانا اذا أفردنا أرش البكارة

وكان عشرين مثلاً وهو عشر قيمتها قررنا عشر الثمن • وإذا لم يفرد  
وكان مهرها بكراً مائة أو ثيباً ثمانين فأرشد البكارة الخمس ، فيقدر  
خمس الثمن ، ولنفرض القيمة واحدة في المثاليين ، فإذا ما ذكره  
الرافعي إنما يجيء على القول الضعيف • فإن الصحيح أن أرشد  
البكارة يدخل في المهر • وهذا كله إذا لم نجعل وطء المشتري كوطء  
الأجنبي • وهو الصحيح • وهذا التقرير على طريقة القاضي حسين  
والرافعي هنا • وأما على طريقة الشيخ أبي حامد والرافعي في باب  
فساد البيع أنه يجب مهر بكر وأرشد البكارة متعين ولا يخفى الحكم •  
وفي وجه افتراض المشتري قبل القبض واغتصاص الأجنبي •

وفرق القاضي حسين بأن ضمان الجنائية بالشروع ، فروعى فيه  
واجب الشرع ، وهذا ضمان معاوضة ، فروعى فيه موجب العقد ،  
والعقد يقتضى التقسيط على الأجزاء ، فلذا قال الفارقي تلميذ  
المصنف : تكلمت يوماً في هذه المسألة في حلقة الدامغاني قاضي القضاة  
وهي من مفردات أحمد ، فقلت : قضية العقد التسوية بين المتعاقدين •  
وحق الرد ثبت للمشتري إذا لم يحدث عنده عيب ، لأنه بذل الثمن  
ليحصل على مبيع سليم ، فلما ثبت أثبتنا له الرد جبراً لحقه ، فإنه  
لو أخذ منه الثمن الذي بذله في مقابلة السليم وجعل على المبيع  
فكان إخلالاً بالنظر ، وترك التسوية بينهما ، فلذلك إذا حدث عنده وجب  
أن يمنع عليه الرد ، لأننا لو جوزنا له ذلك أفضى إلى الإضرار بالمنافع ،  
لأنه خرج المبيع عن ملكه سليماً فلا يجوز رده إليه معيباً تسوية بين  
جانبه وجانب المشتري •

فقال لي (١) : هذا بيان التسوية بينهما وامتناع الرد ، فلم رجعت  
جانب البائع على جانب المشتري ، حتى ألزمت المشتري المعيب ؟ فقلت :  
هذا في قضية النظر لا يلزمني ، لأن مقصودي بيان امتناع الرد على  
المشتري ، وذلك يحصل بالمعاوضة لمراعاة حق البائع والتسوية بينهما ،  
فلا حاجة إلى بيان الترجيح • ثم أشرع ببيانه ( فأقول : ) إنما  
رجعت جانب البائع على المشتري ، لأن البائع إذا ألزمناه أخذ المبيع

(١) لا يزال المتكلم هنا هو الفارقي تلميذ المصنف . ( المطيعي )

بمعيين عظم الضرر في حقه ، لأنه خرج المبيع عن ملكه سليما من هذا العيب لحدوثه . فانه جزء من ملكه الذي كان ثابتا له ، والمشتري لم يكن في ملكه شيء ففات عليه ، وانما قصد تحصيل شيء على صفة فلم يحصل على تلك الصفة ، وليس الضرر في حق من فاته شيء كان له حاصلا ، كالضرر في حق من لم يحصل له ما قصده .

( قلت : ) قوله : انها من مفردات أحمد قد تقدم أن ذلك قول أبي ثور . رواه عن الشافعي ويوافقه أحد الأوجه في المذهب ، وهو مذهب مالك على تفصيل عنده .

( فرع ) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد ويطرقة أمران :

( أحدهما ) أنا سنحكي حكاية عن صاحب البيان — وجها ضعيفا — أن التزويج ليس بعيب وقياس ذلك يطرد ههنا .

( الثاني ) لو قال الزوج لها : ان ردك المشتري بالعيب على البائع فأنت طالق فكان قبل الدخول ، ثم وجد بها عيبا قال الروياني في البحر : قال والدي رحمه الله ( الأظهر ) عندي أن له الرد ، لأن الفرقة تقع عقب الرد بلا فصل ، ولا يخلف النكاح عنده ، قال الروياني : ويحتمل أن يقال : ليس له الرد بمقارنة العيب الرد وعلى ذهن من كلام الغير ما يعضد هذا الاحتمال ، وأنه لو زوجها المشتري للبائع ثم عيبها لم يكن له أن يردها عليه ، وان كان النكاح ينفسخ برده لوجود العيب الآن صرح بذلك صاحب التتمة .

وقد ترتب ذلك على أن العلة مع المعلول أو قبله ( ان قلنا ) بالأول فلم تصادف الزوجية الرد فقتصح ( وان قلنا ) بالثاني فوجهان ( أحدهما ) لا يصح للمقارنة ، قال الروياني : ولأنه قد يموت عقيب الرد فيلزمها عدة الوفاة ، ولا يقع الطلاق على المذهب الصحيح أي لمصادفته زمان البينونة ، فيؤدى إيجاب القبول الى الحاق الضرر به ( والثاني ) يصح كما ذكره والد الروياني ، ولأن الزوجية في مثل هذا الحال لا تعد عيبا ،

والأقرب أنه يمتنع لما قاله الروياني ، ولما قدمته . وحينئذ يبقى كلام المصنف على إطلاقه .

( فرع ) إذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده ، ففيه وجهان :

( أحدهما ) له الرد ، قال الروياني : وهو الأظهر عندي ، لا لأنه عيب حدث في يد المشتري ( قلت ) هكذا أطلق هذين الوجهين ، ويحتمل أن يكونا خاصين بهذه الصورة حتى لا يكون فعل البائع مانعا لما شرع فيه المشتري ، ومحل ذلك ان نظر في جميع العيوب الحاصلة في المشتري من جهة البائع فيطرد ذلك في زوال البكارة من البائع وغيرها ، والكلام المتقدم في زوال البكارة يخالفه .

( فرع ) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما فخلق شعره ، لأنه ينقص من ثمنه ، قاله أبو عاصم العبادي .

( فرع ) اشترى فرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا ، فالظاهر ومقتضى قول الجمهور ، وبه قال البغوي أنه ليس له الرد الا برضا البائع ، وقال القاضي حسين في فتاويه : ان لم تنقص قيمته له أن يرد ، وان نقصت استرد بقدر ما نقص من قيمته من عين الحمار لا من قيمته ، وان كان الحمار قد تلف استرد من قيمته .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرض لأنه لم يكن له غير الرد وانما امتنع [ من الرد ] للعيب الحادث في يده ، فإذا رضى به صار كأن لم يحدث عنده عيب ، فلم يكن له غير الرد ، وان قال المشتري : أردته وأعطى معه أرض العيب الحادث عندي لم يلزم البائع قبوله كما اذا حدث العيب به عند البائع فقال : خذه وأنا أعطيك معه أرض العيب لم يلزم المشتري قبوله ) .

( الشرح ) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ، ولا تكت أن للبائع والمستري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا •

( أحدها ) ان يرضى البائع برده من غير أرش للحادث ، فذلك له وليس للمستري بعد ذلك إلا ان يمسكه مجانا او يرده ، ولا يكلف رده كما لا يكلف رده اذا انفرد العيب القديم ، ولا يكلف البائع الأرش • وهذه احواله هي المسألة الأولى من كلام المصنف هنا •

( وقوله ) لأنه لم يكن له غير الرد يؤيد ما تقدم عن الراعى ويقتضى أن حقه الأصلي هو الرد لا الأرش •

( الثانية ) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرش العيب القديم ، فذاك جائز بلا خلاف وهو الذى اقتضى كلام المصنف فيما تقدم أنه الواجب لكن بطريق الانتقال من الرد اليه ولا يأتى ههنا الخلاف المتقدم فى كلام المصنف فيما اذا تراضيا على دفع الأرش لاسقاط الخيار ، عند امكان الرد ، والفرق على أحد الوجهين أن الاعتياض هناك عن سطة الرد • وهى لا تقابل ، والمقابلة هنا عما فات من وصف السلامة فى المبيع •

( الثالثة ) أن يتفقا على الرد مع الأرش وذلك جائز أيضا ، ولم يذكر المصنف هذه الحالة لكن ذكرها الراعى ، وهل أخذ الأرش هنا بطريق الاعتياض ؟ فيرد السؤال المتقدم ، ويكون هنا أقوى ، لأنه فى مقابلة سلطة طلب الأرش ، أو ليس بطريق الاعتياض ولكن يجعل قائما مقام الجزء الفائت بالعيب الحادث ، ويرد الرد عليها كما فى رد الصورة ، ويأتى ذلك البحث الذى هناك أو أنه لما فات ذلك الجزء عند المشتري ، وهو مقابل ببعض الثمن فاذا رد الباقي برضا البائع انفسخ العقد فيما يقابل المردود من الثمن ، وبقي ما يقابل الجزء الفائت لم ينفسخ فيه العقد •

وتظهر فائدة هذا فيما لو كان الثمن عرضا أو نقدا باقيا بحاله أنه لا يسترجع منه مقدار أرش العيب الحادث ، وعلى التقديرين الأولين يسترجع جميع الثمن ويغرم من عنده الأرش أو أنه لما انفسخ

العقد فيه لزمه غرامة ما فات تحت يده كالمستلم ويكون من باب الغرامات المحضة ليس منسوباً من الثمن سيأتى فى كلام المصنف فى مسألة ما لا يوقفه على عيبه الا بكسره ما يدل لهذا الاحتمال الرابع ، وفى كلام الامام فى مسألة الحلّى ما يشهد للاحتمال الثانى ، والله أعلم •

وقال : ان القائل بأن المبيع عند التنازع من يدعو الى الامساك يقول : اذا فرض التراضى على الرد وضم أرش العيب الحادث فحسبيله سبيل الاقالة •

( قلت : ) وذلك لا يدفع الاشكال ، فان الاقالة فسخ على المذهب فيعود البحث فيها ، ولا يجوز أن يقع الفسخ على شرط أن يضمن المشتري الأرض ، فان ثبت الاحتمال الثانى كما اقتضاء كلام الامام لم يكلف أن يبقى فى ذمة المشتري بل لابد من احضاره حتى يجاب كما يدل على ذلك كلام الامام فى مسألة الحلّى ، وسأذكرها ان شاء الله تعالى ، وهو يبين ما تقدم من البحث فى المصرة من اشتراط رد الثمر معها ، وفى معرفة قدر الأرض الذى يردده المشتري عن العيب الحادث كلام سيأتى فى معرفة أرش العيب القديم ان شاء الله تعالى •

والذى قاله الأصحاب فى مسألة الغرم أن الرد يرد على العين مع الأرض المردود وفى كلام المصنف هنا ما يقتضى ذلك ، وسنبينه ان شاء الله تعالى • لكن الامام قال هناك : ومما يجب التنبيه له أنا اذا قلنا فى العيب الحادث حيث كان لازماً فى الصفقة أن المشتري يضم أرش نقص العيب الحادث الى المبيع ، ويردهما ، فهذا فى أصل وضعه اشكال ، فان التمليك بالفسخ رد واسترداد حقه أن لا يتعدى العقود عليه ، والرد كاسمه ، فتقدير ادخال ملك جديد فى التمليك بطريق الرد بعيد ولا وجه يطابق القاعدة الا أن يقول : الرد يرد على العيب بالمعنيين فحسب من غير أن يقتضى تضمين المشتري أرش العيب ، بتأويل تقدير الضمان فى حقه وتشبيه يده بالأيدى الضامنة ، ولكن لا يتعين المردود عليه بذمة الرد ، فيضم الأرض الى المبيع المردود ، فيكون المضموم مستحقاً بالسبيل الذى أثرت اليه وليس أرش العيب الحادث مردوداً •

ولو قال الراد : أرد ثم أبذل لم يكن له ذلك لعدم الثقة وإذا رد مع الأرض جرى في عين المضموم يتأول أنه ضمن وأقبض لا على أنه ملك بالرد شيئاً لم يرد عليه العقد ، وهذا يدل — لما سيأتى عن المصنف وغيره من الأصحاب — أن الأرض عن الحادث غرامة غير منسوبة من الثمن ، لكن الذى قاله المصنف والأصحاب هناك هو عام في كل عيب حادث ، أو خاص بما لا يوقف على عيبه الا بكسره فيه نظر •

( الحالة الرابعة ) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرض العيب الحادث ويذعن الآخر الى الامساك وغرامة أرض العيب القديم ، وهذا يفرض على وجهين لأنه قد يكون طالب الرد هو المشتري ، وهى المسألة الثانية في الكتاب وقد قطع المصنف فيها بأن المجاب البائع ، وقد يكون طالب الرد هو البائع ، والمشتري يطلب الامساك وأخذ الأرض ولم يذكرها المصنف هنا ، ومقتضى اطلاقه فيما تقدم أن المجاب المشتري لأنه جعل الواجب له الأرض الا أن يرضى البائع بالرد أى مجانا ، وهو هنا لم يرض بالرد الا مع الأرض ، وما اقتضاه كلام المصنف في الصورتين هو الصحيح الذى صححه الأصحاب والرافعى وعبروا عنه بأن المتبع من يذعن الى الامساك لما فيه من تقرير العقد ، ولأن الرجوع بأرض العيب القديم يستند الى أصل العقد ، لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله الا في مقابلة السليم وضم أرض العيب الحادث ادخال شيء جديد لم يكن في العقد ، فكان الأولى أولى •

( قلت ) وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال في أخذ الأرض من المشتري وقد تقدم ما فيه ، ووراء هذا وجهان آخران في طريقة الخراسانيين حكاها غيره — ( أحدهما ) أن المتبع رأى المشتري ، ويجبر البائع على ما يقوله ، لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن الا بمبيع سليم ، فان تعذر ذلك فوضت الخيرة اليه ، ولأن البائع ملبس بترويج المبيع ، فكان رعاية جانب المشتري أولى ، ويروى هذا الوجه عن ابن أبى ليلى ومالك وأحمد ، قال الرافعى : وعن أبى ثور أنه نصه في القديم •

( قلت ) وقد تقدم ما نقله الأصحاب عن أبي ثور . وأنه رواه في القديم ، لكن محله هناك في اجابة المشتري الى الرد ، وأما اجابته الى الامساك فلم أرسم ذكروها هناك ( فان قلت : ) اذا أجيب في الرد فاجابته في الامساك أولى للمعنيين المتقدمين ( قلت ) قد يذون أبو ثور يروى أنه ليس حق المشتري الا في الرد مع الأرض . ولا يسوغ أخذ الأرض كما هو ظاهر قوله : أنه يرد السلعة . فأرثى العيب ( والوجه الثاني ) وهو الثالث من الأصل أن المتبع رأى البائع ، لأنه اما غارم أو أخذ ما لم يرد العقد عليه وهذه الواجهة الثلاثة ، تحصل (١) في كل من الصورتين وجهان ، وهما في الثانية مستويان عند الصيدلاني .

وذكر الشيخ أبو محمد في السلسلة الصورة الأولى التي في الكتاب . وهي اذا طلب المشتري الرد وغرامة أرش الحادث . وحكى الوجهين ههنا وبناهما على القولين فيما اذا اشترى عبيدين ومات أحدهما ووجد بالثاني عيبا وأراد ضم قيمة التالف اليه وانفسخ فيهما أن جوزنا هناك أجبنا هنا والا فلا . بل يغرم البائع أرش القديم . وهذا البناء يقتضى ضعف القول باجابة المشتري ، لان الأصح هناك عدم اجابته في ضم قيمة التالف ، وأيضا فان القولين المذكورين مفرعان على امتناع افراد الموجود بالرد . وقد تقدم فيه قولان مشهوران فهو خلاف على خلاف . وبنى الشيخ أبو محمد الوجهين في الصورة الثانية على القولين غيبا اذا اشترى جوزا فكسره فوجده فاسدا . وقلنا له رده هل للبائع الأرض ؟ قولان ( ان قلنا : ) له ، أجبنا البائع هنا ، والا فلا .

( قلت : ) والأصح على ما سيأتى أنه ليس له الأرض كذلك هنا ( الأصح ) أنه لا يجاب البائع في هذه الصورة فيسأل الشيخ أبو محمد بالجواز المراد به ما يبقى له قيمة بعد الكسر على ما سيأتى مبينا ان شاء الله تعالى .

( فروع ) ( الأول ) لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد على الصحيح المنصوص في البويطى . وفيه وجه ضعيف جدا . وقال ابن الرفعة : ان الأنسب أن محله فيما لا يرجى زواله ، يعنى عن قرب ، وأما ما يرجى زواله لو زال فلا يمتنع من الرد

(١) بنح الصاد مع التشديد . ونح اللام .

قولا واحدا ، ولو زال القديم بعد أخذ أرشه لم يأخذه ، وقد تقدم ما يقتضى اثبات خلاف فيه ، وكذلك هو في التتمة ، وإن زال القديم بعد أخذه أرشه رده على المذهب .

وقيل وجهان ، كما لو نبت سن المجنى عليه بعد أخذ الدية هل يردّها ؟ • ولو زال العيب الحادث بعد ما أخذ المشتري أرش العيب القديم أو قضى به القاضي ولم يأخذه ، فهل له الفسخ ورد الأرّش ؟ • فيه وجهان بناهما الشيخ أبو محمد في السلسلة على الوجهين إذا قطع كامل الأنملة العليا من يد رجل ثم الأنملة الوسطى من يد آخر ، ويد المجنى عليه ثانيا بالطلب • فأعطيناه الأرّش من غير عفو ، ثم قطع الأول الأنملة العليا وأراد الثاني رد الأرّش وقطع الوسطى قال (والأصح) أنه ليس [له] ذلك •

( قلت ) وكذلك الأصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ • وكذلك بعد الحكم على ما صححه البغوى ، وجزم ابن الصباغ عن الأصحاب بعد الحكم والقبض أنه لا فسخ ، وجعل محل الوجهين بعد الحكم وقبل الأخذ ، ولو تراضيا وقضيا ، فالأصح أن له الفسخ • قال الرافعى : وكلما ثبت الرد على البائع لو كان عنده يمنع الرد إذا حدث عند المشتري ، وما لا رد به على البائع لا يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري إلا في الأتّل ، ولعله اجتتز بذلك عما إذا قطع أصبعه الزائدة ، فإن القاضي أبا الطيب قال : عندي أنه يمتنع الرد ، وتبعه ابن الصباغ والعجلي ، لكنى رأيت في التهذيب أنه لو باع أكلف فختنه البائع قبل التسليم وبرى أو كان به سن شاغية<sup>(١)</sup> أو إصبع زائدة فقلع السن وقطع الإصبع قبل التسليم وبرى فلا خيار للمشتري •

وهذا يقتضى أن زوال هذه الأجزاء مع البرء ليس بعيب ، ولذلك لم يرد به على البائع ، لكن في كونه مانعا من الرد نظر إذا لم يكن

(١) سن شاغبة أى زائدة أو مختلفة النبتة عما جاورها ، أو مخالفة طولاً وعرضاً لما جاورها ودخل لا وخرج .

(المطبعى)

عيا ، فان قيل : لأنه جزء من المبيع ورد عليه العقد وقد يتعلق بفواته  
غرض ، فينبغي أن يكون كذلك اذا حدث قبل القبض أن يثبت الرد به .

أما اذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزما ،  
لأن صح ما قاله صاحب التهذيب مع ما قاله القاضي أبو الطيب تعين  
الاستثناء والاحتراز كما فعل الراعى ، والا فيصح أن يقول :  
كما لا رد به على البائع اذا حدث في يده قبل القبض يمنع الرد اذا  
حدث في يد المشتري ، ويبقى الطرفان لا يستثنى منهما شيء ، وسيأتى .  
وصاحب التتمة خالف القاضي أبا الطيب ، ولو أخصى العبد ثم علم عيا  
قديمًا فلا رد وان زادت القيمة ، ولو نسي القرآن أو صنعة ثم علم  
به عيا قديمًا فلا رد لنقصان القيمة . ولو كانت الجارية رضية فأرضعتها  
أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم علم عيا فله الرد ، وان حرمت  
على البائع ، لأن القيمة لم تنقص بذلك ، وقد تقدم نظيرها في وطء  
الثيب اذا كان البائع أبا المشتري أو ابنه ولو اطلع على العيب القديم  
بعد رهنه فلا رد في الحال .

وفي وجوب الأرض وجهان ، ان عللنا باستدراك الظلامة فنعم ،  
وان عللنا بتوقع العود فلا . وعلى هذا فلو تمكن من الرد رد واذا  
اطلع على العيب القديم بعد الاجارة فان لم نجوز مع المستأجر فهو  
كالرهن ، وان جوزناه فهو عيب يرجى زواله ، فان رضى البائع بأخذه  
مستأجرا رد عليه والا تعذر الرد ، ففى الأرض الوجهان . هكذا قال  
الرافعى وقاله القاضي حسين في الدرس الثانى بعد أن كان قال : انه  
اذا رهنه أو أجره فهل يفسخ في الحال أو لا حتى ينفك الرهن وتمضى  
مدة الاجارة ؟ فيه وجهان ان منعا لم نجوز له الأرض لأن للرهن  
والاجارة غاية معلومة بخلاف التزويج ، وسواء صبر أو فسخ في  
الحال فالأجرة للمشتري .

ولو تعذر الرد بغصب أو اباق قال الراعى : انه يجرى فيه  
الوجهان للذان ذكرهما في الاجارة ، وسيأتى التعذر بالاباق في كلام  
المصنف . وصرح صاحب التهذيب بحكاية الوجهين في أخذ الأرض عند  
الاباق والغصب ( أحدهما ) نعم للتعذر ( والثانى ) لا لعدم اليأس

وقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري تدين المعاملة أو تدين الائتلاف مع تكذيب المولى لا يمنع الرد بالعيب القديم وان صدقه مشتري المولى على دين الائتلاف منع منه فان عفى المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرش فهل له الفسخ ورد الأرش ؟ وجهان جاريان فيما إذا أخذ المشتري الأرش كرهنه العبد أو كتابته أو اباقتة أو غصبه أو نحوها ان مكناه من ذلك ثم زال المانع من الرد • قال في التهذيب ( أصحابهما ) لا يفسخ •

وان كان دبره أو علق عتقه بصفة ، فله الفسخ ، لأن التدبير يقبل الفسخ . وكذا التعليق قابل للرفع بإزالة الملك • قاله القاضي حسين ، وهو ظاهر • وان زوج الجارية أو العبد ثم علم بالعيب ولم يرض البائع بذلك قطع جماعة بوجوب الأرش ، لأن النكاح يراد للدوام فهو كعيب لا يرجى زواله • وقال الراغب رحمه الله : ان بعضهم قطع بهذا • وأن الروياني والمتولى اختاراه • وهذه العبارة قد تفهم أن بعضهم خرج على الخلاف • قال ابن الرغمة : ولم أر من صرح به ( وأما ) الكتابة فحكى القاضي حسين فيها وجهين وقال : الأظهر على المعنى أنه لا يفسخ • وقال الماوردي : انه لا رد ولا أرش لعدم اليأس ولا استدراك الظلامة بالنجوم (١) •

وقال الراغب : الأظهر أنه كالرهن وأنه لا يحصل الاستدراك بالنجوم ، يعنى لأنها في الحقيقة ماله ، وقال في التتمة : انه ان امتنع البائع من القبول أو قلنا تبع المكاتب لا يجوز ، فانه يجب الأرش ( وقال ) الراغب رحمه الله تعالى : ان في التتمة أن الكتابة كالترويع • ومراده في وجوب الأرش ( وأما ) في جواز الرد فقد علمت بناء صاحب التتمة على جواز بيع المكاتب ، فليست كالترويع مطلقا ، فقد اجتمع في الكتابة أربع طرق ( أصحابها ) أنه كالرهن فلا يفسخ في الحال ولا يجب الأرش على الأصح ، وهي طريقة الراغب •

(١) النجوم في المكاتب ان يؤدي العبد ثمنه لسيدة اقساطا بنجمة •

( الثاني ) أنه لا يرجع بالأرث في الحال قطعاً وهي طريقة  
الماوردى •

( الثالث ) القطع بوجوب الأرث وهي طريقة صاحب التتمة •

( الرابع ) أنه يفسخ • وهو ما أشعر به كلام القاضى حسين في  
قوله : الأظهر أنه لا يفسخ ، وهذه العلة بناء على جواز بيع المكاتب ،  
وأنة تبطل الكتابة ، وهو أحد الوجهين على القديم ، بل يتعين تفريعه  
على ذلك • وتكون الطرق الثلاث على امتناع بيعه ، ولو أخذ الأرث  
ثم عجز المكاتب أو طلق الزوج فعلى الوجهين المتقدمين في زوال العيب  
بعد أخذ الأرث •

( فسرع ) لو أنحل الدابة ثم علم بها عيباً قديماً ان لم يعبها نزع  
النعل ، بأن تكون كانت موجودة في يد البائع وسمر المشتري النعل  
فيها ولم يكن يحدث بقلعها نزع فله نزعها والرد ، فان لم ينزع في  
هذه الحالة لم يجب على البائع قبول النعل ، والفرق بين النزع هنا  
والنعل في يده طلب الخصم أن ذلك اشغال يشبه الحمل عليها وهذا  
تفريع • وقد تقدم ما ذكره القاضى في أن اشغال المشتري بجزء الصوف  
مانع من الرد • وذكرت هناك هذه المسألة على سبيل الايراد عليه ،  
ولعله يطرده فيهما بل يتعين ذلك ، فان بابه وجوب المبادرة بالتلفظ  
بالفسخ ، وان كان نزع الحافر يخرم نقب المسامير ويعيب الحافر  
فنزع ، بطل حقه من الرد والأرث ، وفيه احتمال للامام •

ولو كان نزع قبل الاطلاع على العيب — فان حصل به نقص —  
كان كسائر العيوب الحادثة في الأرث ، ولو ردها مع النعل أجبر البائع  
على القبول ، وليس للمشتري طلب قيمة النعل ، ثم ترك النعل هل هو  
تمليك من المشتري ؟ فيكون للبائع لو سقط ، أو اعراض فيكون للمشتري ؟  
( وجهان ) أشبههما الثانى • هذا اذا جرى الترك وحده ، فان حصل  
لفظ الهبة حصل الملك ، وقيل بجريان الخلاف وقد تقدم ذلك في  
الأحجار في باب بيع الأصول والثمار ، وليس له على قولنا انه لا يملك  
المطالبة به ما دام متصلاً ، ولو طلب نزع قبل الرد بالعيب فله ذلك ،

وغيه دليل على أنه لا يجب عليه البذل ابتداء ، وبه صرح الامام •  
ولو قال المشتري لا أسمح بالنعل ، وطلب الأرض عن العيب القديم  
لأنه لا يلزمني المسامحة وقلعه يقتضى حدوث تعيب • قال الغزالي :  
لم يكن ذلك فانه كالحصر في مؤنة الرد •

( فرع ) اذا صبح المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم ،  
فان نقصت قيمة الثوب بالصبح فلا اشكال في أن ذلك عيب حادث ،  
وحكمه ما تقدم عند الوفاق أو التنازع ، وأما اذا زادت القيمة فقد قال  
صاحب التقريب ، ثم الامام والغزالي والرافعي : انه ان رضى المشتري  
بالرد من غير أن يطالب بشيء فعلى البائع القبول وهذا لا نزاع فيه •  
وقد أطلق ابن الصباغ والبندنجي أنه اذا صبغه لم يكن له رده مصبوغا  
ويرجع بالأرث ، وحمله ابن الرفعة على ما اذا حصل بالصبح نقص  
توفيقا بينه وبين ما قال الامام ، والأولى عندي أن لا يحصل على  
ذلك لما يدل عليه آخر كلامه ، بل مراده أنه ليس له الرد اذا لم  
يسمح بالصبح فان سمح لم يتعرض له فهذه الحالة التي ذكرها صاحب  
التقريب والامام لم يتعرض لها ابن الصباغ وكلامه مطلق يجب تقييده •

قال الامام : ويصير الصبح ملكا للبائع لأنه صفة للثوب لا ترايله ،  
وليس كالنعل ( قلت ) لكن في ادخاله في ملكه شبه من مسألة اختلاط  
الثمار ، وفيها خلاف لأجل المنة بخلاف النعل فانه تابع والصبح فوق  
النعل ودون الثمار • ولو طلب المشتري أرش العيب القديم وقال البائع :  
رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبح ففيمن يجاب وجهان ( أحدهما ) وبه  
قطع الشيخ أبو حامد والمحاملي في التجريد والمجموع وابن الصباغ  
والمثولي أن المجاب البائع ولا أرش للمشتري • ( والثاني ) وبه قال  
أبو حنيفة : ان للمشتري أن يطالب بالأرث وهذا مما يعين أن كلام  
ابن الصباغ في الصبح الذي حصلت به زيادة • وانما أهمل القسم  
الذي ذكره صاحب التقريب والامام • أو يكون لا يختار الاجبار على  
ذلك • ويفرق بينه وبين النعل فيبقى كلامه على اطلاقه • والفرق بين  
هذه المسألة حيث أجبتا البائع وبين ما اذا طلب أرش العيب الحادث  
حيث نجيب المشتري على الصحيح ظاهر • فان المشتري هنا يأخذ قيمة

الصبغ والتمن يستدرك ظلامته ، ولا يغرم شيئاً هناك لو ألزمناه بالرد مع أرش الحادث ، غرمانه لا مقابلة شيء أخذه •

ونظير مسألتنا هذه أن يطلب البائع رده مع العيب الحادث من غير أرش ، فإنه يجب قطعاً ، ولو أراد المشتري الرد وأخذ قيمة الصبغ مع التمن غفى وجوب الإجابة على البائع وجهان ( أصحهما ) لا يجب ، وهذا الصحيح ينطبق عليه كلام ابن الصباغ قطعه بوجوب الأرض أن لم يحمل على صبغ تنقص به القيمة •

وقال الرافعي والنووي في الروضة كما قال ( أصحهما ) لا يجب قال : لكن يأخذ المشتري الأرض ، والامام لم يتعرض لذلك ، وستأتي التنبيهات التي أذكرها الآن أن شاء الله تعالى ببيان الحال فيه ، وهل ذلك محتتم ؟ أو ثم طريق غيره ؟ وههنا تنبيهات في هذا الفرع :

( أحدها ) أن الامام لما حكى الخلاف في الطرفين — أعنى طلب المشتري الامساك وأخذ الأرض أو الرد وأخذ قيمة الصبغ — شبهه بالخلاف في الاجبار على ضم الأرض ورد المبيع ، وقال : فقد جرى الصبغ الزائد مجرى أرش العيب الحادث في طرفي المطالبة قال الرافعي : ومعناه أنه إذا قال البائع رده مع الأرض وقال المشتري : أمسك وأخذ الأرض ، ففيمن يجب ؟ وجهان ، وكذا إذا قال المشتري : أرد مع الأرض ، وقال البائع بل أغرم الأرض ، وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك إذا أفرد أحد الجانبين بالنظر •

ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث أن ادخال الصبغ في ملك البائع مع أنه دخیل في العقد كادخال الأرض الدخیل في العقد ، هذا كلام الرافعي رحمه الله ، ومراده ومراد الامام أن البائع والمشتري إذا طلب أحدهما الرد يعطى البائع قيمة الصبغ وطلب الآخر الامساك مع الأرض ، فمن الجواب ؟ وجهان ( أصحهما ) على ما تقدم أن الجواب البائع في الحالتين ( والثاني ) أن الجواب المشتري في الحالتين •

وقال الغزالي في البسيط قريبا مما قاله الامام • وقال في الوجيز :

ان ادخال الصبغ كادخال أرش العيب الحادث ، قال الراغى رحمه الله تعالى : ظاهره يقتضى عود الأوجه الثلاثة ههنا ، ثم يقال : المجاب منها فى وجه من يدعو الى فصل الأمر بالأرش القديم ، وقد صرح به فى الوسيط ، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره ، وبتقدير ثبوته فقد بينا ثم أن الأصح الوجه الثالث وههنا قضية ايراد الائمة أنه لا يجاب المشتري اذا طلب الأرش كما مر •

قلت : وكلامه فى الوجيز ظهوره فيما قال الراغى رحمه الله ، يمكن حمله على ما فى النهاية والوسيط ( وأما ) كلامه فى الوسيط فانه قال : ان طلب قيمة الصبغ فهل يجب على البائع فى رد الثمن ؟ فيه وجهان •

( وان قلنا ) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث ، فتعود الأوجه فيه فى أن تملك شىء حادث أولى أو تغريم أرش العيب القديم ، وهذا صريح كما قال الراغى ولكن فيه زيادة اشكال فى بادىء الرأى غير ما ذكره الراغى ، وهو أنه جعل الأوجه الثلاثة مفرعة على القول بعدم اجبار البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويستبق الرهن الى أن هذا هو القول باجابة البائع ، ولا يبقى بعده الا وجهان ، اجابة المشتري أو اجابة من طلب الأرش ، فكيف تأتى ثلاثة تفريعا على أحد الوجهين ؟ •

وحل هذا الاشكال بأن يكون المراد أننا اذا لم نجبر البائع على بذل قيمة الصبغ فالصبغ ملك المشتري والثوب تنقص قيمته باتصاله بصبغ لا يدخل معه فى التقويم فهو عيب حادث ، فان تراضيا على أرش الحادث قوم الثوب وبه العيب القديم خاليا عن الصبغ ، فاذا قيل : عشرة قوم وبه العيب القديم ، وقد اتصل به الصبغ لم يدخل فى التقويم ، فاذا قيل : تسعة ، علم أن الفائت درهم ، فبيدله للبائع مع الثوب ، ويسترجع ثمنه ، ويبقى الصبغ فى الثوب للمشتري ، فان تراضيا على هذا المسلك أو على أرش العيب القديم فذلك ، وان تنازعا فى هذين المسلكين فعلى وجه يجاب البائع ، فان اختار دفع الأرش عن القديم أو أخذ الأرش عن الحادث عرض على المشتري ، فان أباه سقط حقه ،

وعلى وجه يجاب المشتري ، فان طلب الأرش عن القديم ولم يرض  
البائع بأخذ الثوب معيبا بسبب الصبغ ولا يبذل قيمة الصبغ أجبر على  
بذل الأرش •

وان طلب الرد مع غرامة أرش العيب الحادث واستعادة الثمن  
أجبر على ذلك وعلى وجه يجاب الداعي الى الأرش القديم أخذا أو بدلا  
هكذا شرح ابن الرفعة ولم يلتزم بمقتضى كلام الامام من التشبيه •  
وقال : يجوز أن يقول : لا يجبر البائع على بذل قيمة الصبغ ، ويجبر  
على قبول أرش العيب الحادث ، والفرق أن الأرش غرامة عما فات  
من ملكه الذي خرج منه ، ومألوف في الشريعة أن يجبر الانسان على  
أخذ ماله أو يبرأ منه ، واجبار البائع على بذل قيمة الصبغ اجبار على  
تملك شيء مبتدأ ، يبذل لا على طريق الغرامة ، ومثل ذلك غير مألوف  
في الشرع ، ثم اعترض ابن الرفعة على نفسه بقول الغزالي بعد ذلك :  
ولم يذهب أحد الى أن المشتري يبقى شريكا بالصبغ ، وتأوله على  
أن المراد لم يذهب أحد الى أنه ليس له الا ذلك أو سقط حقه يعني  
بل هو مخير بين ذلك وبين أخذ الأرش •

قلت : ويؤيد هذا التأويل فرق الغزالي بأن المشتري يتضرر بذلك ،  
بخلاف الغاصب ، والمشتري انما يتضرر بتعين هذه الطريق عليه  
كالغاصب لا بالتخيير ، وسأتكلم على ما يقوى التأويل أو يضعفه  
في التنبيه الثاني ، فان صح هذا التأويل اندفع هذا الاشكال الثاني  
عن الغزالي ، ولم يبق الا ما ذكره الراغبى ، وحينئذ أقول ما ذكره  
الغزالي في الوسيط من هذا الفرع الذى تجرى فيه الأوجه الثلاثة  
بين رد الثوب بدون الصبغ أو بينه وبين أخذ أرش العيب القديم ،  
هل يجاب فيه البائع أو المشتري ؟ أو طالب الأرش القديم ؟ فرع  
زائد ، وكلام النهاية والوسيط والوجيز ساكت عنه •

وليس ما صرح به في الوسيط تصريحاً بمقتضى ما ذكره في الوجيز ،  
كما أشار اليه الراغبى رحمه الله . بل كلامه في الوجيز في ادخال  
الصبغ في ملك البائع قهراً ، وكذلك كلام النهاية والوسيط •

وأما كلامه في الوسيط ففي ادخال الثوب مع أرشه بدون الصبغ  
فأين أحدهما من الآخر ؟ فلا يكون ما ذكره في الوسيط وجهها ثالثا في  
تلك المسألة كما اقتضاه كلام الرافي رحمه الله ، بل ثلاثة أوجه في  
مسألة زائدة ، ويجوز أن يكون الأصح منها أيضا أن المجاب من يدعو  
إلى الأرض القديم كما هو الأصح هناك ، ولا ينافي إيراد الأئمة هنا  
أن المشتري لا يجاب إذا طلب الأرض كما قال الرافي رحمه الله أنه  
مر ، لأن الذي مر أنه لا يجاب المشتري إذا طلب الأرض وطلب البائع  
بذل قيمه الصبغ أما إذا طلب المشتري الأرض حاه امتناع البائع من  
بذل قيمه الصبغ فكما مر •

( التنبيه الثاني ) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا  
في الثوب كما في المصوب • والاحتمال متطرق اليه ، وأجاب الغزالي عن  
هذا الاحتمال بأن المشتري يتضرر بذلك بخلاف الغاصب ، فانه يبقيه  
شريكا ولا يلتفت الى تضرره لعدوانه ، وأعرض ابن خلكان بأن غريم  
المفلس يرجع في الثوب التي زادت قيمتها بالصبغ ، ويكون شريكا ، ولم  
يحصل من المفلس عدوان وأجاب ابن الرفعة بأن المقصود في المفلس  
دفع ضرر البائع ، فاذا رجع حصل الضرر للمفلس تبعا ، والمقصود في  
الرد بالعيب دفع ضرر المشتري برده ، وجعله مشتركا يقع له ضرر  
مقصود أكثر من ضرر العيب •

وأنا أقول : ان غريم المفلس اذا رجع في الثوب دون الصبغ لم  
يحصل ضرر للمفلس بالشركة ، لأن ماله مبيع كله ، وقد قال الأصحاب :  
ان الثوب يباع ويكون الثمن بينهما على ما تقتضيه القسمة ، على أنهم  
اختلفوا هل يكون كل الثوب للبائع وكل الصبغ للمفلس أو يشتركان  
فيهما جميعا ؟ على وجهين ، وفي الرد بالعيب لا يجب على أحد منهما  
البيع ، فيحصل الضرر تبعا للشركة •

واعلم أن هذا الاعتراض والجوابين عنه بناء على ما دل عليه  
كلام الغزالي من أن عدم القول بالشركة هنا لأجل ضرر المشتري ،  
وأن المقصود أنه لا يجب ذلك عليه كما أوله ابن الرفعة ، وعليه يدل  
تنظير الامام له بالنصب ، وأول كلام الامام وهو قوله : ولم يصر

أحد من الأصحاب الى أن المشتري يرد الثوب ويبقى شريكا محتمل له ، أى على سبيل الإيجاب عليه كما يجب على الغاصب ، وعليه يستقيم فرق الغزالي ويأتى اعتراض ابن خلكان عليه بسبب أن المفلس يجبر على ذلك من جهة البائع ، ويأتى الجوابان المتقدمان •

لكن فى آخر كلام الامام ما يقتضى أن ذلك على سبيل الجواز ، فإنه قال : وهذه المسألة ذكرها صاحب التقريب وأشار إليها العراقيون والاحتمال فيها من الجهة التى ذكرتها وهو تجويز الرد مع ملك المشتري فى عين الصبغ • فإننا قد نجعل الغاصب اذا صبغ الثوب شريكا • انتهى •

فقول الامام هنا تجويز الرد يدل على أن ذلك ليس على سبيل الإيجاب بل على سبيل الجواز ، وحينئذ لا يأتى تأويل الكلام الذى قاله الغزالي ، لأن مقتضى كلامه الآخر والأول لم يقل أحد بجواز الرد مع الشركة • فيتوقف التأويل المذكور • وحينئذ لا يبقى فرق الغزالي بضر المشتري متجها ، لأنه قد يختار ذلك ، فلا يكون المنع حينئذ لضرره ، بل لضرر البائع وهو مثل ضرر المغصوب منه • والأولى اذا انتهينا الى هذا المقام أن نصحح تأويل كلام الغزالي فى الوسيط فإنه أخبر لكلام امامه •

وأول كلام الامام محتمل ، ولفظة الجواز فى آخره ليست صريحة فى نفى الوجوب فيرد اليه ، فهذا أولى من أن يجعل فرق الغزالي واقعا فى غير وجه كلام الامام ويكون الذى اتفق الأصحاب عليه أنه لا يتعين حق المشتري فى أن يرد الثوب ويصير شريكا ، ويقتضى ذلك أنه لو دعى البائع لا يجب على المشتري [ الرد ] ، وفيه شيء مما ذكره عن صاحب التهذيب •

( التنبيه الثالث ) أن صاحب التهذيب قال : ان لم يمكنه نزع الصبغ فإن رضى البائع بأن يردده ويكون معه شريكا فى الزيادة رده ، وان أبى أمسكه وأخذ الأبرش وقد تقدم ذلك عن صاحب التهذيب : ذكره هناك فقلوه : ان رضى البائع بالشركة ان أراد يجوز للمشتري

أن يرده فصحیح • لأنهما إذا اتفقا على ذلك لا اشكال في الجواز ،  
وان أراد أنه يجب على المشتري الرد أو يسقط حقه ، فهو الذي نقل  
الامام والغزالي انه لم يقل به أحد من الأصحاب •

• وأما قوله : وان أبى أمسكه فان أراد أن البائع اذا امتنع من  
الشركة تعين حق المشتري في الأرض وأنه لا يجوز للمشتري الزامه  
وهو ظاهر كلامه فهو موافق لما قاله الراعي ومخالف لما حكاه  
الغزالي في الوسيط من جريان الأوجه الثلاثة • لكنه موافق للأصح  
منها ، وهو اجابة من يدعو الى الأرض القديم ، فينبغي أن يكون معنى  
كلام صاحب التهذيب أنه ان أراد البائع أن يرد ويصير شريكا جاز  
للمشتري الرد وان امتنع البائع تعين على المشتري الامساك ، وأخذ  
الأرض ، يعنى على الصحيح والظاهر أن صاحب التهذيب لم يلاحظ  
الضرر الحاصل للمشتري من الشركة ، وانما النظر الى ضرر البائع •  
ويجب النظر الى كل منهما ، كما نظرنا الى كل منهما عند اجتماع العيب  
الحادث والقديم • فتلخص من ذلك ما ذكره ان شاء الله تعالى •

( التنبيه الرابع ) الذى تخلص مما تقدم أن المشتري ان طلب  
الرد ، ولا يطالب بشئ أجيب قطعاً وأجبر البائع عليه فان اتفقا  
على الرد مع قيمة الصبغ جاز قطعاً • وان اتفقا على أخذ الأرض عن  
العيب القديم جاز قطعاً ، وان اتفقا على رد الثوب مع بقاء الصبغ على  
ملك المشتري جاز على تعذر من كلام صاحب التهذيب والامام والغزالي  
على تأويله ، وذلك مع الأرض عن نقصان الثوب بالصبغ أو بدونه  
ان تراضيا على ذلك ، وان طلب المشتري قيمة الصبغ وامتنع البائع  
لم يجبر على الصحيح • وان طلب المشتري الأرض عن العيب القديم  
وامتنع البائع من بذل قيمة الصبغ أجبر البائع على اعطاء الأرض القديم  
على الصحيح الذى اقتضاه كلام الوسيط •

وان طلب المشتري الرد مع الشركة وأن يرد أرض نقص الثوب  
بالصبغ لم يجبر البائع على الصحيح • وان طلب المشتري الأرض عن  
القديم وطلب البائع بذل قيمة الصبغ ، فالمجاب البائع على الصحيح ،  
وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة وبين بقية المسائل التى نجيب

ففيها من طلب تقرير العقد ، وان طلب البائع الرد مع الشركة في الصبغ  
لم يجبر المشتري عليها على ما تقدم عن الامام ، وفيه ما تقدم عن  
صاحب التهذيب •

( فرع ) لو صبح المشتري الثوب ثم باعه تم علم بالعيب قطع  
ابن الصباغ ، والمحاملي في التجريد بأنه ليس له الأرش لأن المشتري  
قد يرده عليه ويرضى البائع باخذه ، وكذلك اذا كان ثوبا فقطعه وباعه  
تم علم بالعيب •

( فرع ) لو قصر الثوب ثم وقف على عيب فينبني على أن  
القصورة غين أو أثر ( ان قلنا ) بالأول فهي كالصبغ ( وان قلنا )  
بالثاني رد الثوب بلا شيء ، فهي كالزيادة المتصلة •

قال الراعي رحمه الله : وقطع الزبيرى في المقتضب بأن له الرد  
اذا زادت قيمته بالقصورة ، وليس فيه مخالفة لما قاله الراعي •  
ولو لبس الثوب فتغير باللبس امتنع الرد وله الأرش • قال الزبيرى  
أيضا : وهو ظاهر • لو اشترى ثوبا فذبحها ثم وجد بها عيبا غله الأرش ،  
فان رضى البائع بقبولها مذبوحة فلا أرش للمشتري لامكان الرد ولا  
اجرة على البائع للذبح ان ردت عليه ، لأن الذبح أثر هو نقص • هكذا  
قال الماوردي •

آخر (١) ان كان ثوبا فخطاه استحق الأرش ، فان رضى البائع  
بقبوله ان بذل الأجرة غله ان يرجع به مخيطا لأن في الخياطة عيبا زائدا •  
قاله الماوردي •

آخر : لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خمرا  
غله الأرش • وليس له رد الخمر واسترجاع ثمنه • سواء أرضى  
البائع بقبوله أم لا • لتحريم المعاوضة على الخمر ، فلو صار الخمر

---

(١) يريد : « قول آخر أو وجه آخر أو نوع آخر » . ( المطيعي ) •

خلا فقال البائع : أنا أسترجع الخل وأرد الثمن ولا أدفع الأرش كن له ذلك ، لأن الخل عين العصير ، ولا مانع من المعاوضة ولا للمشتري فيه عمل يفوت عليه . وهذا من تفريع أبى العباس بن سريج . قاله الماوردي والرافعي . ويحتمل أن يكون ذلك على ما خرجه ابن سريج من وجوب الارش اذا باع المبيع أو وهبه .

أما اذا قلنا بالمذهب وهو أنه لا يجب الأرش في ذلك لعدم اليأس كما سيأتى فالرجوع بالأرش في حالة كونه خمرا ينبغى أن يمتنع الان لاحتمال أن يعود خلا كما اذا وهبه .

ثم قولهم للبائع أن يسترجع الخل ولا يدفع الأرش ، ظاهر ذلك يقتضى أنه ليس للمشتري حينئذ أن يطالبه بالأرش للعلّة المذكورة ، ولكن العلّة المذكورة وهى أن الخل هو عين العصير يقتضى أن المشتري أيضا اذا طلب الرد له ذلك . وان امتنع البائع وطلب الأرش ، ويكون ذلك كما لو كان باقيا بحاله ، ولم أجدر في النقل ما يوافق ذلك ولا ما يخالفه .

آخر : لو اشترى ذمى من ذمى خمرا ثم أسلما فوجد المشتري بالخمير عيبا ينقص العشر من ثمنه . قال أبو العباس ابن سريج : للمشتري الأرش وهو عشر الثمن ولا رد . ولا ييطل ذلك اسلامهما . وهو قول محمد بن الحسن ، فان قال البائع : أنا آخذ الخل وأرد الثمن ، فله ذلك . ولو كان المشتري علم العيب قبل اسلامهما فلم يرد حتى أسلما لم يكن للمشتري بعد اسلامه الرد ولا الرجوع بالأرش . أما الرد فلهحدوث الاسلام ، وأما الأرش فلامكان الرد قبل الاسلام ، فلو كان أسلم البائع وحده بعد تباع الخمر لم يجز للمشتري رده عليه بالعيب . ولو كان المشتري أسلم وحده جاز ، لأن استرجاع البائع تملك للخمر . والمسلم لا يملك الخمر . ورد المشتري ازالة الملك ، والمشتري يجوز أن يزيل ملكه عن الخمر . قاله الماوردي عن ابن سريج .

( فسرع ) اشترى جارية بعبد ، ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ، ووجد بالمبد عيبا حادثا عند بائع الجارية قال ابن سريج :

يأخذ مشترى الجارية التي ردها العبد معييا ، وليس له المطالبة لبائع الجارية بأرث العيب الحادث عنده ، أو يأخذ قيمته ان اختار عدم استرداده •

قال الامام : وهكذا نقل عن القاضي حسين ، وليس الأمر كذلك عندنا بل الوجه أن يرد الجارية ويسترد العبد ويطلب أرث العيب الحادث ، لأن العبد مضمون بالقيمة لا بالثمن ، لأنه بعد رد الجارية لو تلف العبد في يد بائع الجارية فصاحب الجارية يرد قيمة العبد •

قال الامام : والذي قاله ابن سريج ليس بعيدا عن الصواب بدليل أن الزوج اذا أصدق زوجته عبدا ثم طلقها قبل المسيس وعاب العبد في يد الزوجة تشطر العبد وعاد نصفه الى ملك الزوج ، والزوج بالخيار بين أن يرجع بنصف قيمة العبد سليما وبين أن يرضى بنصفه معييا ، ولا يكلفها ضم أرث العيب الى نصف العين ، هكذا يمكن أن يقال في مسألة العبد بالجارية ، لكن بين المسألتين فرق ظاهر لا يخفى • حكى الامام المسألة في آخر الغضب ، ثم أعاد في كتاب الصداق ، وذكر الفرق بين مسألة العبد والجارية وبين مسألة الصداق ، وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب الغضب ، وجزم القول بأنه اذا استرد العبد معييا لم يجز له طلب الأرث ، بل عليه أخذه أو أخذ قيمته • ثم أعاد المسألة بعينها في الصداق ، وقال يأخذ العبد معييا وله طلب الأرث فناقض اختياره في الوسيط •

وقال في البسيط هنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية ، انه يأخذ العبد معييا ويطالب بالأرث • وفي الزوج اذا عاد اليه نصف العبد بالطلاق وهو معيب ، وعليه أن يقنع بالمعيب وفرق بينهما ، قال بعد ذلك : وسمعت الامام في التدريس يقول : ان من أصحابنا من ذكر وجها في الصداق في مسألة العبد والجارية من مسألة الصداق أن لا يطالب بالأرث والظاهر الفرق ، ولست واثقا بالفعل ، وانى لم أصادفه في مجموعه • قال أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم ابن على بن محمد ، وهو ابن أبي الدم : قوله « في مجموعه » يريد « نهاية المطلب » وذكر الامام مسألة العبد والجارية في آخر النهاية

بعد أن فرغ من شرح سواد مختصر المزني ، وذكر بعده مسائل مبددة سردا متنوعة • قال : انما ذكرتها خوفا من أن أكون أهملتها في مواضعها ، فان كنت أهملتها فذكرها مفيد ههنا ، وان كنت ذكرتها لم تضر اعادتها قال : اذا باع عبدا بثوب ففصله صاحب الثوب وقطعه • فوجد الثاني بالعبد عيبا قديما غله رده •

ثم اذا رده حكي الشيخ وجهين ( أحدهما ) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرش النقص ، وهذا هو القياس ، لأن الثوب لو تلف في يد آخذه ثم رد عليه العبد بالعيب غرم تمام القيمة ، فكذاك يجب ان يغرم أرش النقص ( والوجه الثاني ) انه اذا رد العبد وصادف الثوب معيبا فهو بالخيار ان شاء رضى بالثوب معيبا واسترده من غير أرش وان شاء ترك الثوب ورجع بقيمته غير معيب ، فان اختار أخذ الثوب فلا أرش له ، قال الشيخ : اشتهر من كلام الأصحاب أن المتبايعين اذا تخالفا وكان عاب المعقود عليه في يد أحدهما فأنهما يترادان ، ويرجع على من نقص العوض في يده بأرش النقص عند التفاسخ • فلا فرق بين هذه المسألة ومسألة العبد والثوب فان طرد صاحب الوجه الثاني مذهبه في مسائل التخالف كان ذلك خرقا من الاجماع ، وان سلمه بطل هذا الوجه بالعيب أيضا • ونسب الشيخ أبو علي بإجراء الخلاف في مسألة التخالف • هذا كلام الامام في النهاية ، وقول الشيخ في ذكر الوجهين ، وفي قوله اشتهر من كلام الأصحاب • هكذا وجدته في النهاية مطلقا • وفيما نقله ابن أبي الدم عن النهاية أنه أبو علي في الموضعين • وقد ذكر القاضي حسين في الفتاوى اذا باع حمارا بفارس فمشتري الفرس أخصاه ، ثم وجد بالحمار عيبا ، قال ان لم ينقص الاخصاء منه شيئا استرده ، ولا شيء ، وان نقص بعض قيمته رد فارسه وأرش النقص • وفي هذا الكلام مخالفة لما تقدم في صدر هذا الفرع من النقل عن القاضي •

وقال القاضي أيضا : لو باعه بفارس وعشرة دنانير وأخصى المشتري الفرس ورد الحمار بعيب ونقصت قيمة الفرس ، استرد الدنانير والفرس وأرش النقص وذكر الزاغى رحمه الله هذا الفرع وقال فيه : اذا رجع النقصان — يعنى في الثمن — الى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرش في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها

مجانا ، وينبغي أن يحمل كلامه على موافقة ابن سريج في تخير المشتري  
لا أنه يتحتم عليه أن يأخذ الثمن ناقصا .

وذكر النووى في الروضة في آخر مسألة من هذا الباب هذا  
الفرع من زياداته فقال : قال القفال والصيدلانى وآخرون : لو اشترى  
ثوبا وقبضه وسلم ثمنه ، ثم وجد بالثوب عيبا قديما فرده فوجد  
الثمن معيبا ناقص الصفقة بأمر حدث عند البائع يأخذه ناقصا ، ولا شيء  
له بسبب النقص .

وفيه احتمال لامام الحرمين ذكره في باب تعجيل الزكاة ، وكل  
ما ذكره فيه مقيد ، غير أنه كان الأولى ذكره مع كلام الراغبي رحمه الله  
فيه ، فإنه ليس مسألة زائدة عن الراغبي . وما ذكره عن القفال  
وغيره هو الذى صححه الراغبي ، وما ذكره من احتمال الامام هو  
الوجه الآخر ، قال صاحب التتمة : ولا يمتنع عليه رد الجارية ، سواء  
أكان العيب الذى بالعبد مثل عيب الجارية أو أكثر من جنسه أو من غير  
جنسه ، كما لو كان العيب يساوى أضعاف ثمنه . فإن له الرد بالعيب ،  
وان كان الضرر فى الرد أكثر منه فى الامساك .

( تنبيه ) قوة كلام المصنف تقتضى أن النقص حصل عند المشتري ،  
ولكنه لم يصرح به هنا كما صرح به فى التنبيه بقوله : وقد نقص المبيع  
عند المشتري ، وهو احتراز عما لو علم العيب قبل القبض وقد نقص ،  
فإن ذلك لا يمنع الرد ، لأن النقص عند البائع مضمون عليه ، وهذا ظاهر  
فبما اذا لم يعلم المشتري بالنقص المذكور ، وكذلك لو علم ورضى به  
ثم علم عيبا آخر ، كما لو اشترى عينا علم بها عيبا ورضى به ،  
ثم وجد عيبا آخر .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( واذا أراد الرجوع بالأرض قوم المبيع بلا عيب ، فيقال :  
قيمته مائة ثم يقوم مع العيب فيقال : قيمته تسعون ، فيعلم أنه  
قد نقص العشر من بدله فيرجع على البائع بعشر الثمن ، ولا يرجع

بما نقص من قيمته ، لأن الأرض بدل عن الجزء الفائت ، ولو فات المبيع كله رجع على البائع بجميع الثمن ، فإذا فات قدر العشر منه رجع بعشر الثمن كالجزء لما ضمن جميعه بالدية ، ضمن الجزء منه بجزء من الدية ، ولأنا لو قلنا : انه يرجع بما نقص من قيمته أدى الى أن يجتمع الثمن والمثلن للمشتري ، فانه قد يشتري ما يساوى مائة بعشرة فإذا رجع بالعشرة رجع جميع الثمن اليه فيجتمع له الثمن والمثلن وهذا لا يجوز ) •

( الشرح ) قد تقدم تفسير الأرض ، وأنه جزء من الثمن نسبتة اليه نسبة ما ينقص العيب من المبيع لو كان سليما الى تمام القيمة ، وبيان ذلك بالمثال الذى ذكره المصنف هنا ، وبه مثل الشافعى رحمه الله ، فان الذى نقصه العيب من المبيع السليم عشرة غير رجع بعشر الثمن ، فالقيمة معتبرة للنسبة خاصة ، ولا فرق عند الأصحاب بينه وبين ضمان الغصب والسوم والجناية بأنا اذا ضممنا فى هذه المواضع ما نقص من القيمة لا يلزم الجمع بين البدل والمبدل ، وفى الأرض يلزم الجمع بين الثمن والمثلن •

قال الشيخ أبو حامد : انه معنى كلام الشافعى ، والمعنى الأول قاله الأصحاب الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب وغيرهما ، وقدموه فى الذكر كما فعل المصنف فان فيه بيان المعنى الذى لأجله كان كذلك ، فيحصل به الشفاء أكثر ، ولكن فيه بحث ، فان قول المصنف بدل عن الجزء الفائت أى الذى اقتضاه العقد ولم يسلمه البائع •

( وقوله ) ولو فات المبيع كله أى تحت يد البائع قبل التسليم ، كذلك قاله القاضى أبو الطيب صريحا ، وهو ظاهر ، واذا كان كذلك فقد يقال : ان هذا المعنى يقتضى جواز الرجوع الى الأرض ، وان لم يمنع الرد ، وطلب الأرض عند امكان الرد غير سائغ ، بل قد يقال : انه كان ينبغى على هذا المعنى أن يتعين الرجوع الى الأرض ، ولو أراد المشتري الرد أو الرضا بالعيب كما أنه اذا فات بعض المبيع قبل القبض أو كله سقط ما يقابله من الثمن سواء أرضى المشتري أم لا ، وكما أنه اذا أخبر فى المراجعة أنه اشترى بمائة ، وكان بتسعين • فلاننا نحكم

بسقوط الزيادة وحصلتها من الربح على أظهر القولين ، ولأجل ذلك والله أعلم قال الامام في باب المراجعة عند الكلام في كذب المشتري بالزيادة : ان الأرض المسترجع . وان كان جزءا من الثمن ، فاسترجاعه انشاء نقص في جزء من الثمن والدليل عليه أن المبيع اذا رد على معيب فموجب العيب الرد ، لا يجوز الرجوع الى الأرض مع القدرة على الرد فكان الأرض بدل عن الرد واذا تعذر ولا ينتظم عندنا الا هذا ، وهذا الكلام من الامام أولا يقتضى أن الأرض جزء من الثمن ، يستدرك بانشاء نقص جديد ، وهذا موافق لكلام الأصحاب : وفيه زيادة بيان أن ذلك بطريق انشاء النقص ، وليس كالمراجعة وآخره قد يوهم أن الأرض ليس في مقابلة الجزء الفائت ، ولكن في مقابلة الرد عند تعذره وتأويله أن الشارع جعل له عند تعذر الرد استرجاع جزء من الثمن عن الجزء الفائت ، حيث فات عليه الرد ، ولذلك أتى بكأن التي هي حرف تشبيهه . فلم يجعله بدلا عن الرد ، ولكن مشبها ، فان سلطة الرد لا تقابل بعوض .

ويجب تأويل كلام الامام كقوله أولا ان الأرض جزء من الثمن ، ولو كان بدلا عن الرد لم يختص بالثمن وعند هذا لا يكون في كلام الامام جواب عن الاشكال الذي أورده الا بما سأذكره ان شاء الله تعالى .

وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الأرض غرم مبتدأ ، أو جزء من الثمن ، وسيأتى . فان قيل : ان الأرض غرم مبتدأ فلا اشكال في هذا الوجه ، ويصير كأن البائع معيب للملك المشتري . قال الغزالي : ويشهد له أن المشتري الجارية بعبد معيب يعلم عيبه يستحل وطأها ، ولو كان جزءا منها يعرض العود الى بائع الجارية لو اطلع على عيب العبد لأورث توقعه شبهة ، وان قيل ان الأرض جزء من الثمن فالممكن في فهمه ما قاله الغزالي أن يقال : ان المبيع في مقابلة كل الثمن ان رضى ، والا فهو في مقابلة بعضه ، فيخرج ذلك البعض عن المقابلة ، ويتعين لاستحقاقه . قال : وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وكأن المقابلة تغيرت . ولكن جوز ذلك فيهما استبدال سبب في أصل العقد وان كان لا يجوز ذلك بالتراضي عند الحاق الزيادة بالثمن

بعد اللزوم : فهذا الذى قاله الغزالى من دقيق الفقه كما قال :  
ولكن ما الموجب لتغيير المقابلة فانه بالرضا يتبين أن العقد لم ينعقد  
الا على البعض ، أشكل بمسألة الجارية ، وبما قاله الامام فى المراجعة .  
وان كان بطريق الانتقاض كما تنتقض المقابلة فى تفريق الصفقة فى  
الدوام — اذا قلنا : يمسك بكل — فذلك قول ضعيف ، فلا يفرج  
عليه ما اختاره أكثر الصحاب هنا .

ومقتضى كلام الامام فى مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة  
كالتوزيع . وليس العقد يقتضيه من الأصل . لكن هذا الذى يقوله  
الأصحاب على خلافه . اذ هم يقولون بأن العقد فى أصله اقتضى  
التوزيع كما صور ذلك فى قاعدة مد عجوة فكيف يستقيم على رأى  
الأصحاب أن الأرض جزء من الثمن . وتلخيص الاشكال أن الثمن  
ان كان مقابلا للمبيع وصفات السلامة ، وأنه يتقسط عليها كما يتقسط  
على أجزاء المبيع ، فينبغى عند فوات بعضها أن يسقط ما يقابله ،  
ولو رضى به معيبا ، وهذا خلاف الاجماع . بل كان ينبغى أن لا يصح  
العقد لأن تلك الصفات لا تنحصر فيكون ما قوبل بالثمن مجهولا ، وهو  
خلاف الاجماع أيضا . وان كان الثمن فى مقابلة المبيع على ظن السلامة ،  
والأوصاف ليست داخلة فى المقابلة ولا يقتضى فوات وصف منها سقوط  
بعض الثمن على الرد لفوات الظن . فاذا تعذر الرد ودل دليل على  
وجوب الأرض كان ذلك غرامة جديدة لا جزء من الثمن . وأحسن  
ما يقال فيه ما تقدم عن الغزالى . وقد يقال ان لموات ذلك الوصف  
موجب للرد واسترجاع جميع الثمن ، وقد تعذر الرد فيما قبضه  
المشتري وهو المبيع المجرد عن ذلك الوصف ، فيجعل ذلك الوصف فى  
حكم المقبوض المردود على البائع ويقسط الثمن عليه وعلى الذى تعذر  
الرد فيه ، وهو المبيع المجرد عنه استدراكا للظلمة ، وكأنه فسخ  
العقد فيه ، وهذا معنى قول الامام انه انشاء نقص جديد ولعله  
يأتى فى مسألة الحل زيادة على هذا .

على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صالحا عن اشكال ، فانه  
لو كان كذلك لوجب أن يرجع بما نقص من قيمته ، ولم يصرح أحد بأن  
الأرض غرم جديد من كل وجه ، فانه كان يلزم أن لا يتقدر من الثمن

ولا قائل به ، والامام حكى في مسألة الحلّى عن صاحب التقريب ما يقرب من أن الأرش غرم لكن ليس من كل وجه ، وسنذكره هناك ان شاء الله تعالى .

وقال صاحب الوافى : ان المصنف في باب اختلاف المتبايعين قال : ان الثمن لا ينقسم على الأعضاء ، وههنا قال : الأرش بدل عن الجزء الفائت . قال : وليس بينهما تناقض ، لأن الثمن يقابل المبيع ، ولا يتقسط على أعضائه بمعنى أن اليد كعين والرجل كعين أخرى ، بل يقابل المبيع وهو ذو أجزاء فيقابلها من حيث كونها جزءا لا من حيث انها عين أخرى ، ثم اذا صادفها المشتري ناقصة له الرد استدراكا للظلامة ، فان لم يفسخ عند الامكان فلا شيء له ، لأن المقابل العين وهى باقية والضرر يزول بالفسخ ، فان سقط رده بحدوث عيب آخر دعتنا الضرورة الى تمييز ما نقص منها من حيث التقويم ليرجع بثمن ما فات من المبيع اذ لا يندفع الضرر الا بذلك . وهذا ليس فيه الا دعوى الضرورة ، وذلك لاشفاء فيه في جعل ذلك .

( قلت ) : جزءا من الثمن وتقدير علة المصنف والموضع مشكل ، وليس المصنف مختصا به . والفارقى جعل وجوب الأرش على وفق القياس ، وشبهه بما اذا قال : بعثك هذه الصبرة ، وهى عشرة أقفزة ، فكملت بعد البيع فخرجت تسعة ، فانه يسقط درهم ، كذا اذا قال : بعثك هذا العبد فخرج مقطوع اليد ( قلت ) ولو صح هذا التشبيه لوجب أن يجرى خلاف في صحة البيع كما في مسألة الصبرة .

وقول المصنف : كالجاء الى آخره اذا جنى عليه جناية ليس لها أرش مقدر ، فان نفياها من ديته فنقول : هذا لو كان عبدا صحيحا قيمته كذا ، ولو كان عبدا مع هذه الجراحة قيمته كذا فما بين القيمتين يؤخذ بنسبته من الدية . والمصنف في ذلك تابع للشيخ أبى حامد .

( فائدة ) ادعى ابن الرفعة أن كلام الامام في باب المراجعة يدل على أن الأرش في مقابلة سلطنة الرد وفي غير ذلك يدل على أنه جزء وأن

ذلك مناقضة . وليس الأمر كما قال لمن تأمل كلام الامام . وقد أشرت الى ذلك وذكرت تأويله .

( فرع ) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم تنقص القيمة لا رجوع بالأرثى : فاذا اشترى عبدا ووجده خصيا بعد أن وجد ما يمنع الرد فلا رجوع بالأرثى أصلا ، وبه صرح الامام والغزالي في البسيط والرافعي ، قال ابن الرغفة : الا أن يكون الاطلاع قبل الاندمال والجراح متأمة ، فان قيمته قد تنقص : فان لم تنقص أيضا انسد طريق الأرثى .

( فرع ) مع قولنا بأن الأرثى جزء من الثمن فالمشهور القطع بأنه لا يبطل العقد بأخذه ، وفي شرح الفروع للقاضي أبي الطيب في كتاب السلم اذا اشترى حنطة معينة بعبد معين ، وتسلم الحنطة وسلم العبد وأعتقه ، ثم وجد بالعبد عيبا قدر الأرثى ، ورجع بقدره من الحنطة ، وانتقض البيع فيه ، وهل ينتقض في الباقي ؟ اختلف أصعبنا فممنهم من قال على القولين في تفريق الصفقة اذا كان العقد لم ينعقد في البعض ، هكذا عبارته ، والأولى أن يخرج ذلك مع بعده على تفريق الصفقة في الدوام ، فانه انتقاص طارئ لا بطريق التعيين . وقد تقدم البحث في ذلك ، وسيأتي له تنمة ، وانما أوجب هذا الاشكال الذي قدمت التنبيه عليه ، فانظر كيف آل التفريع الى أن جعل أخذ الأرثى مبطلا للعقد ، بل بمجرد الاطلاع على العيب .

( فرع ) لو كان العيب في عين قبضت عن دين ، هل يكون الأرثى عنها كما قلناه هنا ؟ أو يعتبر بما يقابله بدل العين ؟ فيه وجهان مذكوران في الكتابة عند خروج النجم معيبا بعد تلفه ، هل يتعين الأرثى في رقبة المكاتب ، أو ما ينتقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب ؟ وهما في كل عقد ورد على موصوف في الذمة .

قال الامام : وأمثلة من الوجهين أن يقال يغرم السيد ما قبض ، ويطالب بالمسمى بالصفات المشروطة ( قلت ) فتلخص ثلاثة أوجه في كل مقبوض عما في الذمة خرج معيبا ، وتعذر رده ( أحدها ) يرجع على

الدافع بأرشفه بنسبته من العوض كما في المعاوضات ( والثاني ) ما نقص من قيمته كالمغصوب والمستام ( والثالث ) يقدم القابض ما قبض ويطالب بالتسليم .

( فرع ) في فتاوى القاضى حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة ، فوجد في مرض موته به عيبا ينقص عشر قيمته ورضى ، اعتبر من الثلث قال : ويحتمل أن لا تعتبر من الثلث لأنه امتناع عن التكسب . قال جامع الفتاوى ( قلت ) وهو الأولى عندى فإن اشترى ما يساوى خمسين بمائة فوجد في مرض موته عيبا ينقص العشر ورضى ، اعتبر من الثلث خمس وخمسون ، لأنه لو رده لربح خمسا وخمسين ، قال جامع الفتاوى : وهذا أيضا كالأولى ، والأولى أن لا يعتبر من الثلث ، فإن اشترى ما يساوى مائة بخمسين ، والحال كذلك ورضى ، فهل نعتبر الخمسة من الثلث ؟ الظاهر لا ، لأنه استعاد به أربعين ( والثاني ) يعتبر تلك الخمسة لأنه لو تلف في يده أو بعد رده كان يأخذها .

( فرع ) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا ، فقال البائع : زال القديم ، وقال المشتري : زال الحادث حلما وأخذ المشتري أرش أحد البياضين ، فإن اختلف البياضان أخذ أرش أقلهما ، لأنه المتيقن والبائع يستفيد بيمينه درء الفسخ ، والمشتري يستفيد بيمينه أخذ الأرش نص عليه الشافعى والأصحاب ، وقال الرويانى : ليس للمشتري الرد لأنه اعترف بزوال حقه بحدوث العيب ، ويدعى عود الحق فلا يقبل في العود الا بحجة وله الأرش لأنه كان ثابتا والبائع يدعى زواله .

( فرع ) اذا ثبت الأرش فإن كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرش ، وهل يبرأ بمجرد الاطلاع على العيب أم يتوقف على الطلب ؟ وجهان ( أحدهما ) الثانى ليبقى له طريق الرضا بالعيب بعد الفوات ، كما لو كان له عند البقاء وميل القاضى حسين الى الأول بخلاف ما لو قدر على الرد ، فإن الفسخ لا يحصل دون طلب وقد

اقتصروا هنا على حكاية هذين الوجهين ، وكان ذلك تفريع على أن الأرض جزء من الثمن .

( أما ) اذا قلنا : غرم جديد فلا تحصل البراءة أيضا بالطلب ، بل للبائع أن يعطيه من (١) فان اتفق الدينان جرى التقاضى ، ولو كان قد وفاه الثمن وهو باق في يد البائع ، فهل يتعين لحق المشتري أو يجوز ابداله لأنها غرامة لحقه ؟ وجهان ( أحدهما ) الأول ، هكذا قال الغزالي والرافعى ، وتعليقه يقتضى أن الوجه الثانى مفرع على أن الأرض غرم مبتدأ ، أما اذا قلنا هو جزء من الثمن فيتعين جزء منه لحق المشتري ، وينتقل الى المشتري بمجرد الطلب أو الاطلاع ، فلا يسوغ للبائع ابداله ، لكنها غيما اذا كان فى الذمة — ثم يلاحظ القول بأنه غرم جديد كما تقدم — فيجب طرد هذا الوجه هناك ، كما تقدم أن يقال هنا ( ان قلنا ) ان الغرم جديد لم يتعين ( وان قلنا ) جزء من الثمن فوجهان ينبنيان على أن المقبوض عما فى الذمة هل يعطى حكم المعين فى العقد ؟ وفيه وجهان ذكرهما الرافعى بعد هذا بمسألة ، ولم يصحح منهما شيئا .

وان قلنا : يعطى حكم المعين فى العقد لم يجز ابداله والا جاز ابداله ، وذكر الرافعى رحمه الله مسألة ما اذا كان الثمن فى الذمة وفاه ، وهو باق بحاله ، ورد المبيع عليه ، هل يتعين لأخذ المشتري ؟ فيه وجهان بعد هذا بمسألة ، وهى غير المسألة الاولى ، لأن تلك فى الأرض وهذه فى الرد ، والمأخذ غير المأخذ ، لكن تصحيحه التعين فى الاولى فرع عن تصحيح التعين فى الثانية ، كما نبهت عليه ، وسأذكر المسألة ان شاء الله تعالى عند رد البيع ، والثمن تالف ، فانى هنا انما ذكرت ما يتعلق بالأرض ، وان كان الثمن معينا وهو باق فى يد المشتري ففيه وجهان فى النهاية الأصح بتعينه ، ويجب بناؤهما على ما تقدم ( ان قلنا ) الأرض غرم لم يتعين ، وان قلنا : جزء من الثمن تعين أخذ الأرض منه تالفا ، فهو كما اذا رد المبيع والثمن تالف .

(١) كذا باقتضاب من غير معمولها ، ولعل المعمول من « غير طلب » .  
( الطيعى )

وسياتى أنه يقوم مقام مثله ان كان مثليا ، وقيمته ان كان منقوما  
ان شاء الله تعالى •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض ،  
قوم بأقل القيمتين لأنه ان كانت قيمته وقت العقد أكثر ثم نقص  
كان ما نقص في يده مضمونا عليه ، وما كان نقصانه في ضمانه فلا يجوز أن  
يقوم على البائع ، وان كانت قيمته وقت العقد أقل ثم زادت  
في يده فانها زيادة حدثت في ملك المشتري لا حق للبائع فيها ، فلا  
يجوز ادخالها في التقويم ) •

( الشرح ) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرض ، والاعتبار  
بأنه قيمة فيه طريقان ( أصحهما ) وهى التى جزم بها المصنف وشيخه  
أبو الطيب والماوردى والرويانى وغيرهم القطع بأن الاعتبار بأقل  
القيمتين ، من قيمة يوم العقد ويوم القبض . فانه ان كان عند العقد  
أكثر فالنقصان من ضمان البائع ، وان كانت عند القبض أكثر فالزيادة  
حدثت في ملك المشتري •

( والطريقة الثانية ) أن فى المسألة ثلاثة أقوال ( أصحها ) هذا  
( والثانى ) ونقل عن نصه فى موضع أن الاعتبار بقيمته يوم القبض ،  
وهو الذى صححه الغزالى فى باب التخالف ، ولفرق بينه وبين التخالف ،  
ونقل عن الفورانى أن هذا القول من رواية عبد العزيز بن مقلص ،  
ووجهه أن الثمن يومئذ قابل للمبيع •

( والثالث ) نقله الراغى عن رواية ابن مقلص أن الاعتبار بقيمة  
يوم القبض وقد رأيت منصوصا فى باب الغصب من اختلاف العراقيين  
معللا بأنه يوم اذ تم البيع ، فأصحاب هذه الطريقة أثبتوا هذين  
القولين مع الأول الصحيح ، وممن اقتصر على ايراد هذه الطريقة الامام  
الغزالى الى أن قال الراغى: والأكثر قطعوا بالأول . وحملوا كل  
نص على ما اذا كانت القيمة المذكورة أقل •

واعلم أن هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسيما على عبارة المصنف  
تعليقه وأنا ان شاء الله تعالى أذكر ما قيل في ذلك من حيث المذهب ،  
وبيان الصحيح منه ، وأذكر ما اعترض به على المصنف وما قيل في  
جوابه •

اعلم أن طائفة من الأصحاب أهملوا التعرض لوقت اعتبار القيمة ،  
وبعضهم زعم أن ذلك لا غائدة فيه وأن الأرض لا يختلف بذلك ، ذكر  
ذلك ابن أبى عسرون وسبقه اليه الشاشي في الحلية ، والأكثرين اعتبروا  
ذلك وتكلموا فيه ، ونص الشافعي يدل لهم • ثم اختلفوا هل يعتبر  
يوم العقد أو يوم القبض ، أو أقل الأمرين وهو الصحيح ، ثم اختلفت  
عباراتهم عن هذا القول الثالث فالأكثرين يقولون كما قال المصنف  
انه يقوم بأقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض • وعلى ذلك  
جاءت عبارة الراغب في الشرح ، والمحرر والنووي في الروضة وعبارة  
ثانية قالها الامام في النهاية أن المعتبر ما هو أضر بالبائع في الحالين ،  
ويعبر عنه بأن المعتبر كثرة النقصانين • وعبارة ثالثة قالها النووي في  
المنهاج أنه يعتبر أقل قيمة من يوم العقد الى القبض •

( غاماً ) عبارة النووي في المنهاج ، فأؤخر الكلام عنها حتى أفرغ  
من عبارة الأولين •

وأما عبارة الامام غادعي ابن الرغمة أنها راجعة لعبارة الأكثرين ،  
لأن اعتبار أقل القيمتين يقتضى أن يكون الواجب مع الأرض الأكثر في  
الحالين ، فان المعنى بأقل القيمتين ، قيمة المبيع مع العيب في حالة  
العقد وحالة القبض ، كما اذا كانت قيمته سليماً عشرة في الحالين ،  
ومعياً يوم العقد ثمانية ، ، ويوم القبض تسعة ، فاعتبار أقل القيمتين  
يوجب الخمس من الثمن ، وهو أكثر من العشر ، وهذا الذي قاله فيه نظر ،  
وأول ما أقدم أن لنا قيمة منسوبة اليها ، وهي قيمة السليم ، وقيمة منسوبة  
وهي قيمة العيب ، ونسبة بينهما بها يعرف قدر العيب من السليم ،  
فعبارة تكون تلك النسبة بين القيمتين يوم العقد ، كمى بينهما بعد  
ذلك ، وان كان حال المبيع مختلفاً في اليومين ، فههنا لا أثر للاختلاف  
مع اتحاد النسبة •

مثاله : قيمة السليم يوم العقد مائة ، ويوم القبض ألف أو عشرة ، وقيمة المعيب يوم العقد تسعون ، ويوم القبض تسعمائة أو تسعة .  
فالنسبة في اليومين العشر ، ولا أثر للاختلاف بالزيادة ولا بالنقصان .  
ولا فرق بين اعتبار أقل القيمتين واعتبار أكثرها ، والساقط من الثمن على النقديرين العشر وان اختلفت النسبة ، فقد يكون ذلك لاختلاف قيمه المبيع مع بقاء قيمه السليم على حالها ، وقد تكون بالعكس . وقد يكون ، باحتلافهما معا .

( مثال الأول ) قيمته في اليومين سليما عشرة ، ومعيبا يوم العقد تسعة ، ويوم القبض ثمانية . فالاختلاف ههنا في المنسوب ، فان نسبنا قيمه يوم العقد كان الأرش التسع ، وان نسبنا أقل القيمتين كان الحمس وهو أنفع للمشتري . وكلام الامام تصريح ، وإطلاق كلام المصنف وعيره يقتضى انا نسلك هذه الطريقة التي هي أنفع للمشتري ، فاعتبار أقل القيمتين هنا أوجب زيادة الأرش ، وإيجاب أكثر النقصانين من الثمن لكنى سابيين ان شاء الله تعالى في آخر الكلام أن المصنف والأصحاب لم يريدوا هذا القسم ، ولا حاجه لهم اليه هنا ، لأنهم بينوا في موضع آخر أن العيب الحادث قبل القبض من ضمان البائع . وانقصان مع بقاء قيمة السليم لا بد أن يكون بمعيب . والزيادة لا بد ان تكون بنقصان العيب ، ونقصانه يمنع من ضمان ما نقص منه كزواله .

( ومثال الثانى ) قيمته معيبا يوم العقد ويوم القبض ثمانية وسليما يوم العقد عشرة ويوم القبض تسعة أو بالعكس فالاختلاف ههنا في القيمة المنسوب اليها فان نسبنا الى أقل القيمتين كان الأرش التسع ، وان نسبنا الى أكثرها كان الأرش الخمس فاعتبار الأقل هنا فيه نفع للبائع لا للمشتري ، فليس فيه ايجاب أكثر النقصانين بل أقلهما ، وهو التسع من الثمن وهذا القسم يظهر أنه مراد المصنف والأصحاب على ما سأوضحه ان شاء الله تعالى .

( ومثال الثالث ) قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعيبا تسعة ، ويوم القبض سليما تسعة ومعيبا ثمانية . فاعتبار الأقل يوجب أن الأرش التسع ، وهو أنفع للمشتري من العشر . وأكثر نقصانا من الثمن

أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعينا تسعة ، ويوم القبض سليما اثني عشر ومعينا عشرة ، فاعتبار الأقل يقتضى أن الأرض التسع ، واعتبار الأكثر يقتضى أنه السدس ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن . أو تكون قيمته يوم العقد سليما عشرة ومعينا خمسة ، ويوم القبض سليما ستة ومعينا أربعة فاعتبار أقل القيمتين يقتضى أن الأرض الثلث ، واعتبار أكثرهما يقتضى أن الأرض النصف ، وهو أنفع للمشتري وأكثر نقصانا من الثمن .

وإذا تأملت الذى ذكرته فى القسمين الأولين لم يخف عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها فى هذا القسم إن شاء الله تعالى .

إذا عرفت ذلك فاقول : ان الامام عبر عن الوجه الثالث الصحيح أن المراعى ما هو الأضر بالبائع فى الحالين ، والعبارة عنه بأن المعتبر أكثر النقصانين ، ومثله بأن يكون العيب القديم يوم العقد منقصا ثلث القيمة ، ويوم القبض منقصا ربعها وهذا الكلام من الامام رحمه الله انما يستمر مع عبارة المصنف والأصحاب اذا كان غرض المسألة هيما اذا كان الخلاف من جهة العيب ، وأن المراد بأقل القيمتين أقل قيمتى العيب المنسوبة لا أقل قيمتى السليم المنسوب اليها ، وذلك فى القسم الأول يستقيم فيه أن المعتبر أقل القيمتين ، والواجب أكثر الأمرين ، ويبقى القسم الثانى والثالث مسكوتا عنهما ، هل يراعى فيهما الأضر بالبائع كما قاله فيقوم بالأكثر أم لا ؟ بل يقوم بالأقل دائما كما أطلقه الأصحاب ؟ فان ثبت أن نفع المشتري مراعى مطلقا فعبارة الامام فى قوله : أكثر النقصانين أحسن من قول الباقيين أقل القيمتين لأن النقصان نسبة ، والمراد أكثر الأمرين نقصانا من السليم ، وأقل القيمتين راجع الى القيمة فى نفسها لا الى ما تنقصه من السليم ، وأيضا فى القسم الثانى يصح كلام الامام ، ونوجب أكثر النقصانين وليس هو باعتبار أقل القيمتين .

فعبارة الامام مطردة فى الأقسام الثلاثة ، هذا ان كان الحكم مساعدا له على ذلك فى جميع الأقسام . وأكثر الأصحاب لم يذكروا الا أقل القيمتين ، ولم يبينوا ما عدا ذلك ، وكأنهم رضوا بأن القيمة عن السليم سواء ، واختلفت قيمة المعيب بحسب زيادة وصف فى ذات

المبيع أو نقصان فيه : فينسب النقص لأنه من ضمان البائع . ولا تنسب الزيادة لأنها حادثة في ذلك المشتري ، والأمر المنسوب اليه وهو قيمة السليم لم يتكلموا في حال اختلافها ويحتمل أن يكون المعتبر الأقل مطلقا فإذا اختلفا معا اعتبرنا أقل قيمتي المعيب ونسبناها الى أقل قيمتي السليم . وحينئذ يصح اطلاق كلام المصنف والأصحاب . ولا يصح اطلاق عبارة الامام لما تقدم من المثاليين الآخرين في القسم الثالث : وكذلك في القسم الثاني أيضا ، فالموافق لاطلاق الأصحاب ذلك ، ولا يبقى المراعى ضرر البائع مطلقا ، ولا ضرر المشتري مطلقا ، ولم أر في ذلك نقلا صريحا .

الا أن في تعليقة الشيخ أبي حامد قال : فأما وقت تقويمه سليما فهو أنقص الحالين قيمة من حالة العقد أو حالة القبض تقومه في تلك الحالة ثم يقوم به العيب . وهذا يدل على أن المراد أقل قيمتي السليم المنسوب إليها : لا أقل قيمتي المعيب . وفي هذه الصورة وهي الثاني الذي ذكرته في ذلك المثال يكون التقويم بأقل القيمتين أنفع للبائع ، وكذلك كلام الماوردي يفهم منه ما يوافق الشيخ أبا حامد . فإنه قال في مسألة الجارية تقوم في أقل الحالتين . فإذا قيل قيمتها في تلك الحال بكرا لا عيب بها مائة قومت بكرا وبها ذلك العيب فإذا قيل : تسعون كان ما بين القيمتين العشر ، فيرجع بعشر الثمن . فهذا وجه من الاشكال في هذه المسألة قد انحل بحمد الله تعالى . وتبين بحمد الله أن المراد أقل قيمتي السليم ، وليس المراد قيمتي المعيب كما ظنه ابن الرفعة وغيره ، ولا يجب أن يكون المراعى هو الأضر بالبائع مطلقا كما قاله الامام ، وهذا الذي لحظه أبو حامد هو الصحيح فإن المنسوب اليه هو القيمة ، والمنسوب هو العيب الموجود قبل العقد وبعده الى القبض ما لم يطلع البائع عليه . فلا وجه لاعتبار اختلافه ، وإنما المنسوب اليه هو المعتبر . وهو قد يقل وقد يكثر . وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد يعين معنى قول المصنف . فلا يجوز أن يقوم على البائع وأنه صحيح . وسيأتى الكلام عليه ان شاء الله تعالى . وأما ما يختص بالصفة فنذكره في ضمن فائدة .

( فائدة ) قال الفارقي في كلامه على المذهب : هذه المسألة يعنى

مسألة الكتاب التي ذكرها المصنف فاسدة الوضع والأصل ، وفاسدة التعليق ، وليس لنا في الكتاب مسألة أظهر فسادا منها • أما فساد وضعها فانه يعتبر بأقل القيمتين على ما ذكر ، وانما يكون هذا الاعتبار صحيحا ومفيدا اذا كان الأرض اسقاط جزء من قيمة المبيع ، وليس الأمر كذلك ، وانما نحن نسقط من الثمن جزءا بقدر نسبة فوائد ما ينقص من قيمته بالعيب ، مثلا : اذا اشترى عبدا بمائة فوجده مقطوع اليد فانا نقومه صحيحا بمائة ومقطوعا بتسعين ، ونعلم أنه يسقط عشر الأصل فيسقط في مقابله عشر الثمن ولا فرق بين أن تكون قيمته مائة أو ألفا أو عشرة فان أثر العيب في التنقيص واحد ، فانه اذا كان أثر العيب في تنقيص عشرة من مائة نقص من الألف مائة ومن العشرة دينار ، فنسبة كل واحد من هذه الى أصله بالعشر فيسقط في مقابله عشر الثمن ، وعشر الثمن ، لا يتفاوت على جميع الأحوال وانما يتفاوت عشر القيمة ، ونحن انما نوجب عشر الثمن ولا مبالاة باختلاف عشر القيمة وأكثرها •

بيان فساد التعليق أن حصر اعتبار القيمة من حال العقد الى حال القبض ، فمعرضا أن النقصان في يد البائع ، وليس يريد نقصان القيمة باختلاف الرغبات وكثرة المبتاع وقلته ، وانما يريد فوائد المبتاع ، كهزال الدابة وتغير الثوب أو حدوث آفة به ، فقله : كان ما نقص مضمونا عليه يعنى أن العين المبيعة مضمونة على البائع ( وقوله ) وكان نقصانها من ضمانه ، يعنى الجزء الفائت من الثمن ، أو فوائد جزء يكون من ضمان البائع ، كما أن جملة المبيع من ضمانه •

( وقوله ) فلا يجوز أن يقسم على البائع كلام يتناقض في نفسه ، لأنه اذا كان الناقص ونقصانه مضمونا عليه ، وجب أن يكون مقوما أما أن لا يقوم عليه لأنه مضمون عليه ، فهذا كلام يتناقض لا فائدة فيه قال : وان كانت قيمته يوم العقد أقل الى آخره ، وهذا أيضا ظاهر الفساد والتناقض ، لأنه اذا كانت هذه الزيادة حق المشتري لا حق للبائع فيها فيجب تقويمها عليه حتى نوجب عليه قدر ما نقص من فوائدها مضموما الى قدر الأرض ، فثبت بذلك بيان فساد التعليق والوضع جميعا ، هذا كلام الفارقي رحمه الله •

وزاد ابن معن في حكاية عنه أن معرفة فساد التعليل يحتاج الى معرفة أمرين ( الأول ) أن الضمير في قوله : لأنه ان كانت قيمته أكثر ثم بنقص كان ما نقص مضمونا عليه ، فكان نقصانها من ضمانه ، فلا يجوز أن يقوم على البائع ، أما أن يكون عائدا الى البائع أو المشتري ، لا جائز أن يعود الى المشتري ، لأنه حصر اعتبار القيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، ولا يتصور أن يكون في يد المشتري الا بعد القبض ، ولو نزلنا جدلا أن الضمير يعود الى المشتري بطل قوله : من حين العقد الى حين القبض ، فغتمين أن يكون المراد بقوله مضمونا عليه فكان النقصان من ضمان البائع لا غير ، هذا الأمر الأول .

( الأمر الثاني ) أن المراد بالنقصان تغير أحوال المبيع كحدوث آفة في الثوب أو الدابة لا بغيره ، لاختلاف القيمة باعتبار نقصان الرغبات وكثرتها وانخفاض الأسواق وارتفاعها ، وحينئذ قوله : فكان نقصانها من ضمانه فلا يجوز أن تقوم على البائع ، ظاهر التناقض لأنه نقصان جزء كما بيناه من الأمر الثاني ، وكما أن جملة المبيع من ضمان البائع كذلك جزؤه ، ولا يمكن أن يعود الضمير الى المشتري لما بيناه في الأمر الأول ، هذا كلام ابن معن حاكيا عن الفارقي .

ولأجل كلام الفارقي هذا قال ابن أبي عسرون : انه لا فائدة في اعتبار أقل القيمتين ، قال في الانتصار : ونص الشيخ أبو اسحاق في المهذب على أنه يقوم بأقل القيمتين ، وكذلك في الحاوي وذكره القاضي أبو الطيب في بعض كتبه ، ثم خط عليه وقد أوضحت وجه فساده وبفساده قول الشاشي الأخير ، ثم اختار أن تعتبر قيمته حال العقد لأنه موجب للضمان والقبض مقدر له كما في الحكومة في الجناية قال ابن أبي عسرون : وهذا — يعني كلام الشاشي — رجوع عما اعترف بصحته ورده على غيره ، ثم لا وجه لما اختاره .

( وقوله ) ان العقد هو الموجب للضمان مسلم لكن بماذا ؟ بالثمن أو بالقيمة فلا فائدة في النظر الى قدرها وانما جعلت معيار المعرفة المستحق للرجوع به من الثمن فلا تختص بقيمته حالة العقد .

وأما الجناية على الجزء فانما اعتبرت حالة الجناية لأنها حالة كمال المجنى عليه واعتبرت بعد الجناية لأنها حالة النقصان ، ليعلم ما نقص من قيمته ولو كان عبدا ثم قال الشائى معترضا : لو كانت قيمته حال العقد تسعين ، والعيب ينقصه خمسة والخمسة من المائة نصف عشر ، ومن التسعين أكثر لم تستمر النسبة فى المرجوع به ، ثم أجاب فقال : هذا التصوير تحكم ، لأن العيب الواحد ينقص من الكثير القيمة بالنسبة الى ما ينقصه من قليل القيمة لاسيما والعين على صفة واحدة ، وانما التفاوت من جهة السوق •

قال ابن أبى الدم : وأنا أقول فى القلب من هذه المسألة ، وبما قاله هذان الشيخان يعنى الفارقى وابن أبى عصرون حسيكة عظيمة ، وأنا أفرغ الجهد فيما ذكر عندى فيها نقلا وبحثا إن شاء الله تعالى • ثم ذكر ابن أبى الدم بعد ذلك كلام الماوردى والامام والغزالى وحكايتهما مع المرازقة الأقوال الثلاثة ، قال : فاختار الشيخ أبو اسحاق قولاً منها ، وترجيحه لها لا يكون فاسدا ولا غلطا كما ذكره الفارقى ، بل ما ذكره الفارقى من الايراد والاشكال غلط ، فان التقويم ما كان لايجاب عين القيمة ، بل لمعرفة نسبة ما يرجع به من الثمن ، فالقيمة معيار وإذا كان كذلك فغقد ظهر صحتها وأعادتها •

( وقوله ) ان أثر العيب فى التنقيص واحد خطأ ، لأنه اذا كان الثمن مائة فوجدته مقطوع اليد يقوم سليما ، فكانت قيمته يوم العقد ويوم القبض تسعين فان اعتبرنا يوم العقد علم أنه نقص منه خمس قيمته فيرجع بخمس الثمن ، وان اعتبرنا قيمة يوم القبض علم أنه نقص عشر قيمته فيرجع بعشر الثمن ، فحصل التفاوت الظاهر ، وهذا واضح لا اشكال فيه وانما فهم الفارقى أنه جعل قيمته معينا تسعين وقيمه بالمعوض مائة ، قال : فنعلم أن الناقص عشر القيمة ، فيرجع بعشر الثمن ، وتوهم أن ذلك لازم لا يتغير ، ولا شك أنه يمكن أن تكون قيمته معينا يوم العقد أكثر ، ويمكن أن تكون قيمته معينا يوم القبض أقل . وإذا فرض تفاوت القيمة بالنسبة الى الزمانين وجب اعتبار أحدهما لاختلافها ، وقول الفارقى فى مساد التعليل غفيا ذكر من كلام الشيخ غنية عنه •

وعلى الجملة فهذا القول الذى صار اليه الشيخ أبو اسحاق ليس قولاً له اخترعه وانما هو قول مقول عن أئمة المذهب ، فلا يليق بالمتأخر اظهار شناعة على من اختاره ، وذكره في تصنيفه فانه غاسد ليس في كتابه شيء أظهر فساداً منه ، وانما اللائق به ان كان تكلم على دليله وأورد عليه بما يتوجه عليه من اشكال أو مباحثة أما الحكم عليه بأنه أسد شيء في كتابه فخطأ محض منه وسوء أدب ، وممن اختار ما اختاره الشيخ أبو اسحاق : القاضي أبو الطيب والبغوى •

( قلت ) وما قاله ابن أبى الدم من وجوب حفظ الأدب صحيح ، وما قاله المصنف هو بلفظه وحروفه في تعليق القاضي أبى الطيب فلا اختصاص للمصنف به ، وقد علمت أن الشافعى رحمه الله نص في اختلاف العراقيين على اعتبار يوم القبض ، قال : وقيمتها يوم قبضها المشتري من البائع ، فلو لم يكن لاختلاف القيمة أثر لما قيد الشافعى بيوم القبض ، فيجب النظر في اختلاف القيمة وبين كونه مؤثراً في اختلاف الأرض ، وما فرضه ابن أبى الدم لعله من اختلاف قيمة المعيب مع تساوى قيمة السليم يوم العقد ويوم القبض والعيب واحد ، كما مثل به من قطع اليد بعبد ، لأنه متى كانت قيمة السليم يوم القبض سواء والعيب واحد والمبيع واحد ، فكيف تختلف قيمة العيب ؟ لكن قد قدمت أمثلة تغنى عن ذلك من جملة ما أن تتحد قيمة السليم ، وتختلف قيمة المعيب لزيادة العين أو نقصانها ، واستبعاد الشائى له •

وقوله : ان العيب ينقص من كثير القيمة بالنسبة الى ما ينقص من ثلثها ، فالكلام عليه من وجهين ( أحدهما ) أن الشائى قصر الكلام على اختلاف قيمة السليم المنسوب اليها واتحاد العيب المنسوب وذلك هو القسم الثانى الذى قدمته وقلت : ان كلام المصنف والأصحاب لم يشمل ، أو أن الأولى فيه عبارة الامام •

أما اذا فرضنا الكلام في القسم الأول ، وهو أن قيمة السليم سواء ونقصت القيمة بحدوث عيب قبل القبض ، أو زادت بحدوث صفة ، فان النسبة تختلف قطعا ، وهذا هو المراد بما قرره الفارقى في كلامه ، فغير ذلك التقرير جوابه عن الأصحاب ، وان كان في صورة الاعتراض ،

وذلك هو جواب عن المصنف الا في قوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، فانه مشكل ، وسنزيد الكلام عليه •

( الوجه الثانى ) من الكلام على الشائى أن الأصحاب وان سكتوا عن قيمة السليم المنسوب اليها فلا بد من اعتبارها ، فان قيمة المعيب زادت أو نقصت منسوبة اليها ، فالضرورة تحتاج أن يكون ذلك الشئ المنسوب اليه معلوما ، فان اتحد فذلك ، وان اختلف فهذا مما قدمت أن الأصحاب سكتوا عنه الا الشيخ أبا حامد ، وبحث فيه هناك ، فاذا ثبت اعتبارها وأنها قد تختلف ، فاختلافها مع تعارض السلامة من غير زيادة انما يكون بحيث الأسعار<sup>(١)</sup> والرغبات ، وعند ذلك قد ينقص العيب من قليل القيمة نسبة لا ينقصها من كثيرها ، وذلك اذا غلا السعر وضاق ذلك الصنف فان الرغبة تشتد فيه ، ويغفرون ما به من عيب ، ولا يصير الناس يبالون بعيبه ، كما يبالون به في حال الرفاهية •

وبعكس ذلك اذا رخصت الأسعار واتسع الصنف وبخست قيمته ، بحيث يصل الى السليم منه كل أحد ضدت أكثر الناس عن المعيب لقدرتهم على ما هو خير منه ، وانحطت قيمته عن قيمة السليم بنسبة أكثر مما كانت قبل ذلك ، هذا هو العرف بين الناس ، وان كان ذلك غير منقول ، ثم ان المسائل التى تفرض في الفقه ، والفروض المقدرة لا يلزم أن تكون واقعة غالبا ، بل ولا نادرا ، بل المقصود أنها ان وجدت كان هذا حكمها •

فان قال قائل : هذا انما جاء في اختلاف الأسواق ، وغرض المسألة فيما اذا كان الاختلاف من جهة حدوث وصف في المبيع •

( فالجواب ) أن الاختلاف في قيمة المعيب سببه حدوث الوصف بزيادة أو نقصان ( وأما ) الاختلاف في قيمة السليم المنسوب اليها فليس له سبب الا اختلاف السوق ، ولا بد من اعتبارها •

---

(١) وهو ما يطلق عليه الاقتصاديون المعاصرون : « العرض والطلب » .  
( المطيعى )

وأما قول المصنف : ولا يجوز أن يقوم على البائع غفوة غاية الاشكال وإيراد الفارقي عليه قوى ، وهو كذلك في تعليقه القاضي أبي الطيب وليس بمناسب فيما يظهر ، لأننا إذا أدخلنا الذي نقص في التقويم قبل الأرض وتضرر المشتري وانتفع البائع ، غلو قال المشتري لناسبه<sup>(١)</sup> من هذا الوجه وكان يفسد من وجه آخر لعدم مناسبته لبقية تعليقه بأنه مضمون على البائع لكن الجواب عن هذا أن هذا الاشكال إنما هو بناء على أن الكلام في العيوب المنسوبة ، وقد تبين فيما تقدم عن كلام الشيخ أبي حامد أن المراد قيمة السليم المنسوب إليها ، وعلى ذلك يصح أن يقال : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، لأننا إذا نسبنا إليه وأدخلناها في التقويم كثر الأثر عليه ، وأن تعلقوا بكلام الامام تعلقنا بكلام الشيخ أبي حامد وهو أصح لما تقدم .

( فان قلت ) ذلك لا يلائم قوله : كان ما نقص في يده مضمونا عليه ، وكان نقصانها من ضمانه ( قلت ) سيأتي تأويله عن صاحب البيان وقول الفارقي : أنا نوجب على البائع قدر ما نقص بفواتها مضموما الى الأرض إنما يصح تخيله على بطلانه ، لو زال بعد حدوثه قبل القبض . وقد رأيت صاحب الوافي نقل هذا الجواب الذي قلته عن شيخه ، ثم اعترض بأن المسألة تفرض فيما إذا زادت بين العقد والقبض ثم ذهبت الزيادة .

قال : فالجواب صحيح أن تلك المسألة لم تدخل في ضمان البائع . وما ذكره من فرض المسألة قد يمنع منه الحكم إذا فرضها كذلك . وقد اعتذر صاحب البيان عن المصنف في التعليل فقال : هذا مشكل . لكن أراد أن النقصان مضمون على البائع ، وقد سقط ضمانه برضا المشتري بقبض المبيع ناقصا ، غلو فرضناه وقت العقد أدى الى ايجاب ضمان النقصان على البائع ، وقد سقط عنه ، الا أن الشيخ عنى البائع في أول كلامه ثم ذكره ظاهرا .

( قلت ) : معناه أن المشتري قبضه ناقص القيمة باعتبار السلامة ،

( المطيعي )

(١) كذا بالأصل ولعله : « يناسبه » .

فذلك القدر الزائد منها قد رضى باسقاطه فلا ينسب العيب الا الى الثانى ، وهو الأقل ، وفي ذلك نفع للبائع ، وهذا اعتذار عجيب فان فيه محافضة على تصحيح قول المصنف فلا يجوز أن يقوم على البائع ، لكن ذلك قد يقتضى عكس الحكم ، فان قيمة السليم اذا كانت مائة يوم العقد ويوم القبض ، وكانت قيمة المعيب يوم العقد تسعين ويوم القبض ثمانين ، لمعلى ما قاله صاحب البيان : ينبغى بأن يقوم بأكثر قيمتى المعيب تسعون ، لأن العيب الزائد المنقص للعشرة الثانية لم يحسب على البائع ، فيكون الأرش العشر .

( والظاهر ) من كلامهم أن الأرش فى هذه الصور الخمس ، لأن الثمانين أقل القيمتين ثم ان ذلك يقتضى الفرق بين أن يعلم بذلك أو يجهل ، فانه قد يحصل عيب قبل القبض منقص للقيمة ويقبضه المشتري من غير علم بذلك العيب ، ثم يحدث ما يمنع من الرد فله الأرش عن العيين جميعا ، الذى كان قبل العقد والذى حدث قبل القبض .

وقال صاحب الوافى : معنى قوله كان مضمونا عليه ، أى يذهب من ضمان البائع وهو ناقص عليه فى حكم ما لم يبعه من أمواله اذا لم يبعه ليس مضمونا عليه للمشتري ، واذا كان كذلك لم يجوز أن يقوم عليه للمشتري .

ورأيت فى تعليقة أبى اسحاق العراقى على المذهب : ولا يجوز أن يقوم على المشتري ، وهذا اما أن يكون غلطا فى النسخة ، واما أن يكون أحد ظن أن البائع غلط فأصلحه على ظنه ، وكل النسخ لهما البائع ، والفارقى أعرف بما فى المذهب وقد ظهر الجواب عن ذلك بحمد الله تعالى واندفاع الاشكال عنه ، وكذلك رأيت فى الاستقصاء كان ما نقص من القيمة غير مضمون عليه ، أى لأنه ليس بجزء ، وأظن ذلك كله اصلاحا لما أشكل عليهم . وتعليل الماوردى قريب من تعليل المصنف . كذلك أكثر من تكلم فى المسألة من الأصحاب ، ولم يختص المصنف من الاشكال الا بقوله : فلا يجوز أن يقوم على البائع ، وكذلك شيخه القاضى أبو الطيب الاشكال فى هذه اللفظة وأرد عليها .

(فرع) وهذا الذى قلته وحملت كلام المصنف عليه ، من أن المراد ان اختلفت القيمة المنسوب اليها هو الصحيح المتعين . أما اذا اتحدت واختلفت قيمة العيب كما فى القسم الأول كانت قيمته معينا تسعة عند العقد ، ثم نقص فنقصانه مع بقاء قيمة السليم انما تكون لعيب آخر ، فذلك العيب الآخر ان اطلع عليه المشتري ورضى به صار وجوده كعدمه ، وينسب الذى كان حالة العقد فقط ، وان لم يرض به كان الكل الى القبض مضمونا على البائع ينسب من القيمة وان زادت قيمة العيب مع بقاء قيمة السليم فذلك ، ان كان نقصان العيب فقد برىء البائع بما نقص ، لأنه لو زال كله قبل القبض لم يثبت به الرد ولا الأرض فكذا نقصانه ، فلا يصح اعتبار أقل القيمتين هنا ، وان الحصول وصف زائد فى المبيع جبر النقصان الحاصل بالعيب ، فيقتضى ذلك زيادة قيمته سليما ، وقد فرضنا أن قيمته سليما باقية بحالها .

(فرع) عبارة الراعى والجمهور أقل القيمتين من يوم العقد ويوم القبض وكذلك فى المحرر ، وقد تقدم الكلام عليها وعلى عبارة الامام ، وقال النووي فى المنهاج : أقل قيمة من يوم العقد الى يوم القبض ، وذلك يقتضى أنه اذا نقصت القيمة فيما بين العقد والقبض أن تعتبر تلك القيمة الناقصة المتوسطة ، وان كانت القيمة يوم العقد ويوم القبض سواء . لأن المتوسطة حينئذ أقل ، وكذلك اذا كانت فى أحد اليومين أقل من الآخر . وفيما بين ذلك أقل منهما أن يقوم بالمتوسطة التى هى أقل وعبارة الجمهور لا تقتضى ذلك . وتقتضى أن يقوم باحدى القيمتين فى يوم العقد أو يوم القبض ، ان كانتا متساويتين فبأحدهما وان اختلفتا فبالأقل منهما ، وهذه عكس الصورة التى فرض الكلام فيها فيما تقدم عن صاحب الوافى . على أنه فى الروضة تابع للراعى فى عبارته ، ونبه فى دقائق المنهاج على ذلك وأنه غيرها لهذا المعنى ، والذى يظهر عبارة الجمهور ، لأن العيب المنقص اذا وجد وزال قبل القبض لا يثبت به خيار فلا اعتبار به ، وفيه نظر فليتأمل . وقال فى التهذيب : أقل القيمتين من يوم العقد الى يوم القبض ، فان كانت النسخة صحيحة ففيه موافقة للمنهاج من بعض الوجوه . لكن قوله أقل القيمتين يوافق الجمهور .

( فرع ) هذا الذى تقدم فى معرفة الأرض عن العيب القديم ، وكلام المصنف مفروض فى ذلك ، فإنه قال فى أول الفصل : إذا أراد ، يعنى المشتري الرجوع بالأرض • أما الأرض المأخوذ من المشتري عن العيب الحادث ، قال ابن الرغفة فالمنقول أنه يقوم وبه العيب القديم ، ثم يقوم وبه العيب الحادث والقديم ويجب ما بينهما ، فإذا كانت قيمته بالقديم عشرة وبه مع الحادث تسعة غرم درهما ، ولا تجعل القيمة فى هذا الحال معيارا ( قلت ) وسيأتى هذا فى كلام المصنف فيما لا يوقف على عيبه الا بكسره •

( فرع ) قال ابن عسرون : المتأخر فى مجموع له يتعرض فى بعضه لألفاظ المذهب قال ( قوله ) وان اختلفت قيمة المبيع قال : فيقال مثلا قيمته يوم العقد بلا عيب ثلاثون ، وبالعيب عشرون ، فينقص عشرة • ويقال قيمته يوم القبض بلا عيب خمسة وعشرون وبالعيب عشرون ، فيرجع بأقل القيمتين وهو خمسة وكذلك لو قلت قيمته يوم العقد وزادت يوم القبض كما اذا قلنا سائل يعنى أن ذلك فى الدائل • وأيضا فحقوله : يرجع بخمسة ، يجب تأويله على أن المراد نسبتها من الثمن •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان كان المبيع انا من فضة وزنه ألف وقيمه الفان فكسره ، ثم علم به عيبا لم يجز له الرجوع بأرض العيب ، لأن ذلك رجوع بجزء من الثمن ، فيصير الألف بدون الألف ، وذلك لا يجوز • فيفسخ البيع ويسترجع الثمن ثم يفرم أرض الكسر • وحكى أبو القاسم الداركي وجهها آخر أنه يرجع بالأرض لأن ما ظهر من الفضل فى الرجوع بالأرض لا اعتبار به • والدليل عليه أنه يجوز الرجوع بالأرض فى غير هذا ، ولا يقال ان هذا لا يجوز • لأنه يصير الثمن مجهولا ) •

( الشرح ) هذا الفرع منسوب لابن سريج ، وفيه أوجه ( أصحابها ) وهو قول الشيخ أبى حامد والقاضى أبى الطيب والمحاملى وهو الذى

صدر به المصنف كلامه أنه يفسخ المبيع ويرد الاناء ، ويعرم أرش النقض الحادث ، ولا يلزم الربا لأن المقابلة بين الاناء والثلث - وهما متماثلان - والعيب الحادث مضمون عليه ، كعيب المأخوذ على جهة السوم ، فعليه غرامته وغرامة الأرش عن الحادث هنا ليس كغرامته في سائر الصور ، كما سننبه عليه . واستدلوا على تعذر أخذ الأرش بأن الثلث ينقص كما ذكره المصنف ، وعلى تعذر رده مع أرش العيب الحادث بأن المردود يزيد على الثلث ، وكلا الأمرين ربا ولا يستشكل هذا التقرير مع الحكم بأن المشتري يغرم الأرش حتى يقف على آخر الكلام في التنبيه السادس .

( والوجه الثاني ) ولم يذكره المصنف . وهو قول ابن سريج أنه يفسخ العقد لتعذر امضائه مع أخذ الأرش كما تقدم وبدونه لما فيه من ضرر المشتري ، ولا يرد الحل على البائع لتعذر رده مع الأرش ودونه فجعل كالتالف ، فيغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيبا بالعيب القديم سليما عن الحادث ، واختار الغزالي هذا الوجه وأيراد صاحب البحر يقتضى ترجيحه ، وضعفه الامام وغيره . وقال الامام : انه أبعد الوجوه .

ونقل المحاملى عن ابن سريج تشبيهه بالمأخوذ على جهة السوم ، ثم رد عليه بأن المستام بمنزلة المغصوب اذا نقص يلزم أرش نقصانه لا قيمة جميعه .

( والثالث ) الذى حكاه المصنف ثانيا ، وهو قول صاحب التقريب والداركى واختاره القاضى حسين والامام وغيره . أنه يرجع بأرش العيب القديم كسائر الصور ، والمماثلة فى الربوى انما تشترط فى ابتداء العقد ، والأرش حق وجب بعد ذلك . لا يقدر فى العقد السابق . قال الراعى رحمه الله :

واعلم أن الوجه الأول والثاني متفقان على أنه لا يرجع بأرش العيب القديم وأنه يفسخ العقد . وانما اختلافهما فى أنه يرد مع أرش النقض أو يعسك ويرد قيمته ، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرد مع الأرش أيضا كما فى سائر الأموال .

( قلت ) وسيأتي بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج . وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ . ويأتي أيضا أن ما قاله الرافعي لم يصر إليه أحد . وعلى هذا الوجه إذا أخذ الأرش فقد قيل : يجب أن يكون من غير جنس العرض كيلا يلزم ربا الفضل ، والأصح وهو الذي رجحه القاضي حسين والبغوي والرافعي أنه يجوز أن يكون من جنسهما ، لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس ، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر . وذلك من صور ( مد عوجة ) وأيضا لأن الأرش جزء من الثمن ، وقد غلط أبو اسحاق العراقي ، فجعل قول صاحب التقريب وجها رابعا ، وحكاه مع وجه الداركي بعبارتين متقاربتين ، ولم يتنبه لاتحادهما . ثم تنبه لأمر :

( أحدها ) أن المصنف فرض المسألة في الاناء ، وكذلك القاضي أبو الطيب فرضها في إبريق وزنه مائة درهم ، وكذلك الشيخ أبو حامد في التعليقة التي كتبها سليم عنه نقلها عن ابن سريج فيما إذا اشترى إبريقا فضة وزنه مائة درهم ، وقيمته مائة وعشرون بابريق من فضة وزنه مائة وقيمته مائة وعشرون . وفرضها الشيخ أبو حامد في التعليقة التي أخذها البندنيجي في مصوغ ، وكذلك الامام والغزالي فيما إذا اشترى حليا وزنه ألف بألف وفرضها في الحلى حسن لا اعتراض عليه .

وأما فرض المصنف ومن وافقه في الاناء — فإن قلنا بجواز اتخاذ أواني الفضة — فصحيح أيضا وأما إذا قلنا بتحريم اتخاذها — وهو الأصح — فإن الصنعة فيها غير محترمة ، فلا يكون الكسر عيبا فيها ، فلا يمنع الرد والأرش ، كما لو لم يحدث شيء ، ففعل ابن سريج فرع هذا على جواز الاتخاذ ، وأيضا فذكر الكسر على سبيل المثال ، والمقصود حدوث عيب في يد المشتري .

( الثاني ) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة ، وهو أن يكون الثمن من جنس الاناء كما فعل ابن سريج والامام ، بل سكت عن الثمن بالكلية ، وكذلك القاضي أبو الطيب وكأنهما اكتفيا بشهرة المسألة والعلم بصورتها . والمراد إذا اشترى بوزنه من جنسه كذلك فرضها ابن الصاغ والامام وغيرهما ، والا فلو كان الثمن من غير النقود ،

أو من النقود من غير الجنس لم تأت المسألة ، لأنه لا يبقى محظور في المفاضلة ، فالمشترى يرجع بأرشف العيب القديم ، وممن صرح به ابن الصباغ والقاضى حسين ، وحكى أبو اسحاق العراقى أنه وجهين وأظنهما في الذخائر ، وكأنهما مأخوذان مما سنذكره عن الحاوى في التنبيه الثالث عشر وعلى كل حال فالأصح الجواز •

قال القاضى حسين : فان كان نقد البلد ذهباً والحلى المبيع من الفضة قوم الحلى بنقد البلد ، ثم يسترد الأرش من الثمن ، ان كان عرضاً فمن العرض ، أو ذهباً فمن الذهب ، فان كان نقد البلد فضة والحلى من الفضة ، قال القاضى حسين : يحتمل وجهين ( أحدهما ) يقوم نقد البلد ، فان كان الحلى من نقرة خشنة والدراهم المطبوعة تزيد عليه قوم بنقد آخر وهو الذهب ، كيلا يؤدي الى الربا ، هكذا رأيت في النسخة وكأنه سقط منها شيء •

( الثالث ) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك ، ولكن اناء الذهب حرام عند المصنف ، ولا يجري فيه الخلاف فلذلك لم يقع التمثيل به ، وجعله قيمة العين مثالا لزيادتها على وزنه حتى يكون الكسر منقصا لها ، فيكون عيباً ، أما لو كانت القيمة مساوية للوزن ان أمكن فرض ذلك ، لم يكن الكسر منقصاً ، لأن القيمة لا تعتبر حينئذ ، والكسر مثال لحدوث عيب ، فلو انكسر بنفسه كان الحكم كذلك<sup>(١)</sup> •

( الرابع ) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرشف الذى اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرون بأن ذلك رجوع بجزء من الثمن موافق كما تقدم من المصنف وأكثر الأصحاب أن الأرشف جزء من الثمن ، وقد تقدم عن الغزالي تردد في أنه غرامة جديدة ، ولذلك قال الغزالي هنا كما حكى قول ابن سريج وقول صاحب التقريب ، قال : فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد من الأرشفين أنه غرم مبتدأ أو في مقابلة المعقود عليه ، ويعنى بالأرشفين أرشف القديم وأرشف الحادث يعنى أن علة قول ابن سريج يكون الأرشف عن القديم جزءاً من الثمن

( المصنف )

(١) بياض بالأصل •

لما تقدم ، والأرث عن الحادث كذلك ، لأن ابن سريج يجعله في مقابلة ما فات من المبيع ، وأن الفسخ في غير الربوي يرد عليه إذا ضم مع المبيع ، كما يرد على المبيع وقول صاحب التقريب يقتضي أنه غرم مبتدأ .

فظهر لك بما قاله الغزالي أن مأخذ الوجهين الأولين أن الأرض جزء من الثمن ، ومأخذ الثالث أنه غرم مبتدأ ، لكن الامام قد اختار قول صاحب التقريب هنا ، وقد تقدم عنه قول بأن الأرض جزء من الثمن ، فطريق الجميع بأن القائل بأنه غرم مبتدأ لم يقل به من كل وجه ، بل من بعض الوجوه كما تقدم من كلام الامام في أنه انتقاص جديد ، وقد نبهت على ذلك فيما تقدم ، وكذلك علل الامام في هذه المسألة قول صاحب التقريب بالضرورة ، ولو كان الأرض غرما مبتدأ لم يحتج الى ذلك .

وقال الامام أيضا : ان كل مسلك من المسالك يعني الأوجه الثلاثة ، لا يخلو عن حيد عن قانون في القياس ، جار في حال الاختيار ، ولم يصر أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك من حيث اشتمل كل واحد على ميل عن أصل والضرورة تحوج الى واحد منهما ، فهذا الكلام من الامام يدل على أن الأرض ليس غرما مبتدأ من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لكان غير خارج عن القانون . وفي كلامه ، ولهما تقدم عنه ، وفي النظر ما يدل على ذلك أيضا . ولذلك قال في توجيه كلام صاحب التقريب ان غرامة الأرض في هذا المضيق تقدر كأرث مبتدأ ، مرتب على جناية على ملكه .

( الخامس ) أن الفاسخ للبيع هو الحاكم . صرح به الشيخ أبو حامد وصاحب العدة وغيرهما . ويحتمل أن يقال على قول ابن سريج : ان للمشتري أن يفسخ أيضا كما يقول في التخالف : ان لكل منهما أيضا أن يفسخ على الأصح ( ان قلنا ) بذلك كما ستعرفه في بابه فانه عندنا فيه وقفة .

( وأما ) على قول الأكثرين فيبعد إلحاقه بالتخالف ، وانما هو

رد بالعيب ، لا مدخل للحاكم فيه ، غير أنه امتنع دخول الأرض فيه ، وجعل غرامة مبتدأة ، وبهذا تبين لك أن الوجهين لم يتفقا على كيفية الفسخ ، كما وعدت به من قبل •

( السادس ) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تغريم أرش الكسر متأخر عن الفسخ ، والفسخ يرد على الاناء خاصة ، وليس كسائر الأموال حيث يرد الأرض عن الحادث مع المبيع ، إذا ورد الرد عليها في هذه الصورة أدى إلى الربا ، وليس المراد باسترجاع الثمن قبضه بل رجوعه إلى ملك المشتري ، وليس في الأوجه من يقول بجواز رد الأرض مع المبيع ، إلا ما قال الراعي أنه قياس الوجه الثالث • فلذلك أتى المصنف بصيغة « ثم » المقتضية للترتيب • وعبرة الراعي أنه يرده مع أرش النقصان • ويجب تأويلها على المعية في الوجوب لا في انسحاب حكم الرد عليها على أن الامام ذكر هنا كلاما بليغا في تحقيق رد الأرض مع العيب بالعيب الحادث • وأن ليس على تقرير ورود الفسخ عليهما أعنى في جميع الصور ، وقد قدمت ذلك عنه عند الكلام في أخذ الأرض عن العيب الحادث في الفصل الذي قبل هذا •

( السابع ) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركي ، وليس من قوله وكذلك حكاه الشاشي ، وكلام الراعي يقتضى أنه عنه •

( الثامن ) من قول المصنف في تعليل قول الداركي لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرض لا اعتبار به • يفهم أن ذلك ليس مأخوذا من أن الأرض غرم مبتدأ ، بل هو جزء من الثمن بطريق الظهور ، ولكن لا يعتبر لما نذكره من الدليل • فقله : ظهر ينفي كونه غرما مبتدأ ثم بعد ذلك أما أن يكون ذلك بطريق الشين أو بطريق انشاء نقص جديد • فيه ما تقدم من البحث الأقرب عبارة المصنف الأول والموافق لكلام الامام الثاني •

( التاسع ) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرض في غير هذا الموضع بالاتفاق • ولم يقل أحد بأنه

لا يجوز ، لأنه يصير الثمن مجهولا أى لأنا ظهر لنا أن الثمن الذى قابل المبيع ما بقى بعد الارش ، وذلك لم يكن معلوما حالة العقد ، وجهالة الثمن موجبة لبطلان البيع ، فلو كان ما ظهر معتبرا لم يجز الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع ، لافضائه الى جهالة الثمن . وبطلان العقد من أصله ، لكن الرجوع بالأرش فى غير هذا الموضع جائز اتفاقا فلا يكون لما ظهر حكم ، وهذا بينه وبين ما ذكره الامام فى توجيه هذا القول لما حكاه عن صاحب التقريب بعض المخالفة ، فانه قال : انه فى هذا المضيق كأرش مبتدأ مرتب على جنائية فاذن هذا القول واحد ، ومأخذه مختلف .

المصنف يشير الى أن المقابلة تغيرت ، لكن ليس لظهور تغيرها حكم ويترد ذلك فى هذه المسألة وفى غيرها ، والامام يقول فى هذه المسألة : الضرورة تجعله كفرم مبتدأ ، ولا يخفى أن فى كل من الكلامين حيدا عن القانون كما قاله الامام ، فان المصنف يحتاج الى الاعتذار عن تخلف الحكم عما ظهر ، وليت شعري هل الرجوع بالأرش مجمع عليه ؟ أو غيه نص أو لا ؟ فانه ان كان غيه نص أو اجماع كان عذرا فى أن يجعل أن ما ظهر لا حكم له ، أو يجعله كفرم مبتدأ اتباعا ، وان لم يكن غيه اجماع ولا نص فما المخلص عن هذه الاشكالات ؟ وما الموجب لارتكابها ؟

( العاشر ) لا جواب ، وما استدلل به الداركي أنه انما يلزم جهالة الثمن اذا كان ذلك بطريق العين ، أما اذا قلنا : ان المقابلة تغيرت بانتقاص جديد فلا . وهذا الذى يقول به بدليل حل الجارية وغير ذلك مما تقدم . واذا كان بطريق النقص صار له حكم فى المقابلة صارت الألف مقابلة بدون الألف الآن لا غيما مضى فامتنع الرجوع بالأرش كذلك .

قال الفارقى فى الجهالة : يفرق فيها بين الجهالة الحاصلة بفعل العاقل ابتداء والحاصل بغير فعله . ولهذا لو أسلم الى أجل مجهول بطل ولو مات المسلم اليه فى أثناء الأجل حل وصار الأجل بموته مجهولا وهو صحيح .

( الحادى عشر ) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص الذى حدث عنده وشبهوه بالمستام ، وفيه نظر .

لأن الرد يرفع العقد من حينه على الصحيح • فالعيب حدث على ملك المشتري فحيف يغرمه إذا لم يقدر ورود الرد عليه وليس كالمستام فإن المستام ليس مملوكا له ، وأشار الامام الى أن ذلك على سبيل التقدير ، ونظره بقول منصوص للشافعي : إذا فسخ النكاح بعد الدخول أن الزوج يسترد المسمى ، ويرد اليها البضع ثم يغرم الزوج لها مهر المثل •

( الثاني عشر ) مأخذ فسخ البيع على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعي في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح بشرط القطع ، ثم لم يقطع حتى بدا الصلاح ثم أراد القطع ففسخنا البيع ههنا لما يؤدي ذلك اليه من الاضرار بصاحبه أو بالمساكين ، هكذا رأيت في تعليقه ولم أفهمه ، وإنما يفسخ البيع فيما إذا حدثت ثمرة أخرى واختلطت ولم تتميز على أحد القولين • ثم في مسألة اختلاط الثمار على أحد القولين • وهو الصحيح عند طائفة أن البيع يفسخ بنفسه من غير فسخ وليس ههنا كذلك •

( الثالث عشر ) صورة المسألة إذا كان الاناء باقيا فلو عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح الذي ذكره العراقيون وصاحب التتمة أنه يفسخ العقد ، ويسترد الثمن ويغرم قيمة التالف ان كان متقوما ، ومثله ان كان مثليا • ولا يمكن أخذ الأرض • وقال القاضي حسين : انه يأخذ الأرض • وصححه في التهذيب وقد تقدمت المسألة في باب الربا • وذكره القاضي حسين • وصاحب التهذيب هنا موافق لقول الداركي في حالة البقاء ، ويلزمهما موافقته هناك • وما قاله العراقيون هنا موافق لقول ابن سريج في حالة البقاء • وألجأهم الى ذلك امتناع الرد بالتلف ، واحتاجوا الى الفسخ هنا لامتناع أخذ الأرض عن القديم بخلاف تلف بيع المعيب في غير هذه الصورة • حيث يكون أخذ الأرض ممكنا • قالوا : وتلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ • وقد جوز الشافعي الاقالة بعد التلف ، وكذلك في التخالف وصاحب التتمة جعل حالة التلف أصلا وأن ابن سريج يقول في حالة البقاء كحالة التلف •

وذكر القاضي حسين في هذا الباب ثلاثة أوجه • قال : وفي المسألة اشكال • وقد تقدم في باب الربا اختياره ، وحكاية الأوجه الثلاثة • وفي الحاوي في باب الربا عند التلف أنه ان كان بجنسه لم يرجع

بالأرثس ، وان كان بغير جنسه من النقدين ( فوجهان ) أقيسهما الرجوع فيرجع بأرثس الفضة ذهباً ( والثاني ) وهو قول الشيوخ من البصريين والجمهور من غيرهم لا يجوز ، لأن الصرف أضيّق ، ولأن الأرثس يعتبر بالأثمان فلا يكون داخلها وقد تقدم ذلك ، وتفريعه عنه في باب الربا ، وقياس ذلك أن يجري هنا في حالة البناء ، لكن الماوردي فرض ذلك في الصرف ولم يفرضه حيث تكون القيمة زائدة عن الوزن •

( الرابع عشر ) متى كان كسر الاناء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله ، ومتى كان من غيره ووجد بعد التقابض والتفرق فلا إشكال ، وفيه فرض الامام المسألة ، ومتى كان قبلهما فهو من ضمان البائع فلا تأتي المسألة ، ومتى كان بعد التقابض وقبل التفرق فيلتفت على ما تقدم أن المشتري إذا قبض المبيع في زمن الخيار هل يصير من ضمانه أم لا ؟ وفيه طرق تقدمت ، فان قلنا لا يصير من ضمانه وأنه ينفسخ بتلفه في يده ، وهو ظاهر نص الشافعي ، فالعيب الحادث حينئذ مضمون على البائع لا يوجب الأرثس ، فهو كما قبل التقابض فلا تأتي المسألة ( وان قلنا ) من ضمانه كما اقتضاه كلام المصنف فالحكم كما بعد التفرق والتقابض ولا جرم أطلق المصنف التصوير ، ولم أجد في شيء من ذلك نقلاً ولكنه قضية التفريع ، والطرق التي في قبض المبيع في زمن الخيار ، تقدمت في هذا الباب عند حدوث تلف المبيع بعد القبض •

( الخامس عشر ) إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه : فقد تقدم في حكاية ابن سريج أنها تكون من غير جنسه • هكذا حكاه الرافعي ، يعني إذا كان فضة يعطى قيمته ذهباً ، وان كان ذهباً يعطى قيمته فضة • وكذلك حكاه القاضي أبو الطيب عن ابن سريج ، وقاله القاضي أبو الطيب من عند نفسه في حالة التلف أيضاً ، والأكثر لم يعتبروا ذلك ، بل أطلقوا القيمة • وهو أحسن هذه غرامة • وليست عقداً يجيء تحذر فيه من الربا ، وقد حكى العراقيون غيماً إذا أتلقت آنية فضة قيمتها أزيد من وزنها ثلاثة أوجه ( أصحها )

يضمن بالنقد الغالب ( والثاني ) يقوم بغير جنسه ( والثالث ) بمثل وزنه من جنسه ، والزيادة من غير جنسه •

قال أبو سعيد الهروي : وكان القاضي الحسين يعيب هذا ويقول : الاتلاف ليس مقيسا على البيع في أمر الربا ( قلت ) فقياس الأوجه الثلاثة أن يأتي مثلها هنا •

( السادس عشر ) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقائه ، هل يكون من نقد البلد ؟ وان كان من الجنس قولا واحدا أو يجري فيها الخلاف الذي في الغصب ( الظاهر ) الثاني لأنهم شبهوه بالمستام •

( السابع عشر ) قد تقدم من قول الامام أنه لم يصير أحد الى التخيير بين جميع هذه المسالك بعد أن ذكر الأوجه الثلاثة ، واختار الثالث منها ، وكذلك قال الغزالي في البسيط أنه لم يصير صائر الى التخيير بين أرش العيب القديم وضم أرش العيب الحادث • كما في سائر العيوب ، وان كان محتملا بحكم التوجيه الذي ذكرناه للوجهين • لكن اعتقد كل فريق أن ما ذكره أبعد من اقتحام الربا • فلم يثبت الخيرة • وهذا الذي قاله الامام والغزالي يرد القياس الذي قاله الراغبي انه قياس الوجه الثالث : لاسيما وهو مختار الامام • وهو أعرف بقياسه ، ولا شك أن القياس كما قال الراغبي : ولكن لعل صاحبه ترك القياس للمعنى المذكور وهو البعيد من الربا • ولو ثبت ما قاله الراغبي من القياس لكان لنا قائل بالتخيير والامام قد نفاه •

( الثامن عشر ) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالاناء كالسكر ونحوه ، فلو كان يخرج عن الجنس كالغش تبين بطلان العقد للمفاضلة •

( التاسع عشر ) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى ، بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد من مال الربا من الجانبين • كما اذا باع صاع حنطة بصاع ، واضع أحدهما على عيب فيما أخذه

بعد حدوث عيب في يده أو تلفه وفيه فرض صاحب التهمة . وقال  
ابن الحكم في سائر أموال الربا كذلك . وكذلك قال غيره .

( العشرون ) ان أرش الكسر الذي يغرمه يمكن أن يقال بأنه  
لا يكون منسوباً من الثمن ، بل ما نقص من القيمة هنا يقتضى تشبيهه  
بالمستام ، ويدل له ما سيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره ( وقال )  
أبو حامد بن يونس في شرح الوجيز ، اعتراضاً على جعله كالجنابة  
بعد الفسخ : انه لو كان كذلك لغرم أرش ما نقص ، والمغرم جزء  
من الثمن ، وكلام الغزالي ساعده ، ولولا ذلك لم يحتج الى الفرار من  
الربا ، وسيأتى فيما لم يوقف على عيبه الا بكسره تمام هذا البحث ،  
والأقرب هنا ما قلناه أولاً ، وهو أنه لا يكون منسوباً من الثمن بل من  
القيمة .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان وجد العيب وقد نقص المبيع بمعنى يقف استعلام  
العيب على جنسه بأن كان جوزاً أو بيضاً أو غير ذلك مما لا يوقف  
على عيبه الا بكسره - فينظر فيه فان كسره فوجده لا قيمة للباقي  
كالبيض المذر والرمان العفن - فالبيع باطل لأن ما لا قيمة له لا يصح  
بيعه فيجب رد الثمن ) .

( الشرح ) تقدم الكلام في النقص الذي لا يقف استعلام العيب  
على جنسه والكلام الآن فيما يقف ، وانما قال على جنسه ولم يقل  
عليه ليشمل ما اذا كسر منه قدراً لا يوقف على العيب بما دونه وما اذا  
كسر منه قدراً يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ، وكلا القسمين  
سيأتيان في كلامه ان شاء الله تعالى ، اذا عرفت ذلك فنقول : ما لا يوقف  
على عيبه الا بكسره مما مأكوله في جوفه أو غيره ، كالبطيخ والرايح  
والرمان واللوز والجوز والبندق والبيض ، فكسره فوجده فاسداً لا قيمة  
له كالبيض المذر الذي لا يصلح لشيء ، والبطيخ الشديد التغير والرمان  
العفن والجوز والرايح والقثاء المدود ، فقد نص الشافعي رحمه الله  
والأصحاب أنه يرجع بجميع الثمن .

قال المزني : سمعت الشافعي يقول : كل ما اشتريت مما يكون  
مأكوله في جوفه فكسرتة فأصبتة فاسدا فلك رده ، وما بين قيمته فاسدا  
صحيحا وقيمتة فاسدا مكسورا ، قال : وقال في موضع آخر : فيها  
قولان •

( أحدهما ) ليس له الرد الا ان شاء البائع ، وللمشتري ما بين  
قيمتة صحيحا وفاسدا الا أن يكون له فاسدا قيمة ، فيرجع بجميع  
الثمن اذا لم يكن لفاسده قيمة والقولان هكذا ذكرهما الشافعي في الأم  
في الجزء الثامن في باب ما اشترى مما يكون مأكوله داخله ، وما ذكره  
الشافعي رضى الله عنه من الرجوع بجميع الثمن اذا لم يكن لفاسده  
قيمة قطع بها الأصحاب كافة لكن اختلفوا في طريقه فالجمهور من  
الأصحاب العراقيين ومعظم الخراسانيين ، على أنه تبين فساد البيع  
كما ذكر المصنف لوروده على غير متقوم • وعن القفال وطائفة أنه  
لا يتبين الفساد لكنه على سبيل استدراك الظلامة : كما يرجع بجزء  
من الثمن عند نقص جزء من المبيع يرجع ب كله عند نوات كل المبيع •

وتظهر ثمرة الخلاف في أن النقشور الباقية بمن تختص ؟ حتى  
يكون عليه تطهير الموضع عنها ، وكلام الشافعي محتمل لكل من  
الوجهين ، لكن القواعد تقتضي حمله على ما قاله الأصحاب ، ونقل  
القاضي حسين عن الشيخ وهو القفال أنه قيل نه في الدرس : اذا كان  
لا قيمة لفاسده غير مكسور وجب الحكم بفساد العقد كسائر ما لا  
يتقوم ، فقال : هو وان كان كذلك فلا ينفك عن أدنى قيمة • وان قلت :  
لبقاء بعض المنافع فانها تقتضي لتنقش ثيلعب بها الصبيان ، وخالف  
القاضي في ذلك ، لأن القصد من شراء البيض انطعم • وأحد لا يشتري  
البيض لينقش وتلعب به الصبيان ، والامام حكى قول القفال عن طائفة  
وأفسده لكن بغير الطريق الذي أفسده بها القاضي • فان مقتضى كلام  
القاضي أن هذه المنفعة لقلتها لا تعتبر ، وليست مسوغة لايراد العتد  
عليه كسائر المنافع التاغية ، والامام غرض الكلام حيث لا قيمة مع  
الصحة ، ومفهومه أنه اذا كانت له قيمة • وان قلت نحكم بالصحة •  
لكنه في آخر كلامه يقول : لا وجه الا انقص بالفساد •

وقال الغزالي : انه اذا لم يبق له بعد الكسر قيمة ، قال الشافعي يسترد الثمن جميعه ، فقال الأصحاب : معناه أنه يسترد أرش النقصان ، لكن أرش كمال الثمن اذا لم يبق له قيمة ( والوجه ) أن يقال : تبين بطلان العقد ، فان فرض له قيمة قبل الكسر قيمة للنقش ولعب الصبيان ، فقد بطلت المالية الآن •

( فان قلنا ) طريق الاطلاع من عهد البائع حتى لا يجب به أرش فهنا يتقدم أن يسترد تمام الثمن ويجعل كأنه لم يشتر الا ما بقى بعد الاطلاع وان جعل ذلك من ضمان المشتري فلا يتقدم معه أن يسترد تمام الثمن • هذا كلام الغزالي وما نقله عن الأصحاب هو قول القفال ومعظم الأصحاب قاطعون بخلافه أفهم كلامه فرض المسألة فيما اذا لم يكن له قبل الكسر قيمة أصلا ، كما اقتضاه كلام الامام ، وأن منفعة النقش ولعب الصبيان معتبرة ، وذلك خلاف ما قاله القاضي حسين ومقتضى كلام الغزالي في هذه المسألة الحالة اذا كانت له قيمة ومنفعة للنقش ولعب الصبيان الجزم بصحة البيع ثم الاختلاف في استرداد تمام الثمن أى بطريق الفسخ ، كما في قتل العبد المرتد في يد المشتري وأولى فيحصل من كلامه وكلام الأصحاب أربعة أوجه ( الأصح ) أن البيع باطل •

( والثاني ) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ، ويسترد جميع الثمن ، وهذا غير قول القفال لأن القفال يقول : ان ذلك بطريق استدراك الظلامة مع بقاء العقد كالأرش حتى تبقى القشور للمشتري ، ومقتضى هذا القول القائل بأن الانفساخ اذ ترجع القشور للبائع ، ويلزمه تنظيف المكان عنها •

( والثالث ) أنه يصح ولا ينفسخ ، لكن يكون له أرش العيب ، وهو ههنا الثمن بكماله وهو قول القفال •

( والرابع ) أن البيع صحيح ولا ينفسخ ولا يسترد الثمن بكماله ، بل يسترد الأرش وهو ما بين قيمته سالم الجوف وفاسده قبل الكسر ،

وهذا الوجه مخالف لنص الشافعي : وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحملها على مراتب •

( احداها ) أن يتبين بالكسر أنه لم يكن له قيمة في حال صحته أصلا • وهذه الحالة يتبين بطلان البيع فيها قطعا ، على ما اقتضاه كلام القاضي حسين ، ويجرى فيها وجهان على ما اقتضاه كلام الغزالي •

( الثانية ) أن يتبين أنه كانت له قيمة تاغية كالنقش ولعب الصبيان • فهي محل الأربعة الأوجه المتقدمة والمذهب البطلان خلافا للقفال وطائفة والغزالي • فإن كلامه يقتضي ذلك في هذه •

( المرتبة الثالثة ) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة إيراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر • وهذا الغرض لم يذكره الأصحاب لأنه متعذر أو بعيد غلو قدر وجوده فلا يمكن القول بتبين البطلان ههنا • لكن يأتي الوجهان المفهوم من كلام الغزالي في المرتبة الثانية (أحدهما) أن البيع ينفسخ ويرجع بالثمن ، ويجعل طريق الاطلاع من ضمان البائع ، وإن حصل في يد المشتري •

( والثاني ) أنه لا ينفسخ إذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع ، لكن يرجع المشتري على البائع بالأرض ، وهو ما بين قيمته سالما وفاسدا صحيح القشر ، وهذان الوجهان إذا فرض له قبل الكسر قيمة صحيحة للعقد لا اشكال في جريانها ويمكن صاحب الوجه الأول أن يحمل كلام الشافعي على ذلك ، وأنه يرجع بالثمن بطريق انفساخ العقد ، والخلاف في كون طريق الاطلاع على العيب من ضمان البائع أو لا • سيأتي ان شاء الله تعالى فيما إذا كان له بعد الكسر قيمة •

( والأصح ) أنه من ضمان البائع ، فيكون الأصح هنا من الوجهين اللذين قالهما الغزالي أنه ينفسخ ( وإن قلنا ) أن العقد صحيح لكن الظاهر أن الغزالي لا يوافق على تصحيح أنه من ضمان البائع في المسألة الآتية ، وشبهه أيضا بالخلاف في قتل المرتد في يد المشتري بالردة السابقة ، هل يكون من ضمان البائع أو لا ؟ والصحيح أنه من ضمان

البائع . اذا عرغت ذلك رجعنا الى لفظ الكتاب قول المصنف : فوجده  
لا قيمة للباقى أى بعد الكسر يشمل ما اذا كان له قبل الكسر قيمة تأغه  
أو كثيرة ، أو لا قيمة له أصلا ، والأخير محل اتفاق .

( والثانى ) تقدم الكلام فيه ، وبينت أنه فرض بعيد أو متعذر ،  
فلا نجعله مدرجا فى كلام المصنف ، فانه بذلك يشكل الحكم بالبطالان  
لما تقدم ، والأول وهو أن يكون له قيمة تأغه هو محل الخلاف بيننا  
وبين القفال ، فذلك والله أعلم أتى المصنف بهذه العبارة حتى تشمل  
القسمين الأول والثالث ، وتعليه بأنه لا قيمة له يقتضى الاقتصار  
على القسم الثالث لكن الذى له قيمة تأغه كما لا قيمة له فالمراد لا قيمة له  
معتدا بها ( وقوله ) فيجب رد الثمن هو المنصوص للشافعى ( وقوله )  
البيع باطل وما حمل معظم الأصحاب كلام الشافعى عليه .

( فرع ) قال ابن الرفعة : انه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب  
والقفال أيضا فى أن مجرد الاطلاع هل يوجب استرجاع الثمن أم لا ؟  
فعلى القول بأنه استدراك للظلمة لا يكون له الا اذا طلبه على الفور ،  
كما تقدم ذكره فى المبيع الذى تعذر رده لحدوث عيب به عند المشتري .  
وعلى القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن مستحقا من حين الكسر الذى  
زالت به المالية .

( قلت ) أما اذا قلنا : انه استدراك للظلمة لا يكون الا طلبه على  
الفور ، فانه قد تقدم أنه عند امتناع البائع من أخذ المعيب وتمين  
الحق فى الأرض لا يجب أن المشتري يطلبه على الفور ، وقبل امتناع  
البائع تقدم عن الراعى وغيره أنه يعلمه به على الفور ، فان شاء قبله  
فهنا ان كان الرد عند القفال سائغا وأنه اذا طلبه البائع يجب ، فالأمر  
كما قال ، فاذا لم يعلمه به بطل الرد والأرض لكن ذلك لا فائدة فيه  
أصلا ، ولا يحصل للبائع به مصلحة ، وأن الرد عند القفال ممتنع  
لخروجه عن المالية ، فيكون الأرض متعينا ولا يجب طلبه على الفور ،  
وهذا هو الأظهر ، وأما قوله : على القول بتبين بطلان العقد يكون الثمن  
مستحقا من حين الكسر ، فمحمول على أن علمنا استحقاقه من حين

الكسر ، والا فهو مستحق من حين التسليم لعدم صحة البيع من أصله ، والله أعلم •

( فرع ) أطلق المصنف الكسر في هذا القسم • فيقتضى أن لا يخرق بين أن يزيد في الكسر أو يقتصر على قدر ما يعرف به العيب ، وهو كذلك على المذهب لأنه اذا تبين بطلان العقد لعدم كونه مُتَقَوِّماً قبل الكسر ، فلا فرق ، أما على رأى القفال ومن وافقه فيظهر أن يقال : ان زاد في الكسر وكان لو اقتصر على ما يعلم به العيب لبقيت تلك القيمة اليسيرة يكون الزائد من ضمان المشتري ، فلا يكون الأرض جميع الثمن وفيه نظر •

( فرع ) ان اختلفا في تسليمه صحيحا أو فاسدا غالقول قول البائع مع يمينه قاله الشيخ أبو حامد •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان كان له قيمة كخيش النعامة والبطيخ الحامض ، وما دود بعضه من المأكول - نظرت فان كسر منه قدرا لا يوقف على العيب بما دونه - ففيه قولان ( أحدهما ) أنه لا يرد ، وهو قول المزني لأنه نقص حدث في يد المشتري ، فمنع الرد كقطع الثوب ( والثاني ) لا يمنع الرد ، لأنه معنى لا يوقف على العيب الا به فلم يمنع الرد كتنثر الثوب ( فان قلنا ) لا يرد ، رجع بأرث العيب على ما ذكرناه ( وان قلنا ) يرد فهل يلزمه أن يدفع معه أرث الكسر ؟ فيه قولان ( أحدهما ) يلزمه كما يلزمه بدل لبن الشاة المصراة ( والثاني ) لا يلزمه ، لأن الكسر الذي يتوصل به الى معرفة العيب مستحق له فلا يلزمه لأجله أرث ) •

( الشرح ) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره ، وكان للباقي بعد الكسر قيمة كما ذكره ، وكالرائج وغيره اذا بقيت له قيمة ، فان لم يزد على قدر ما يعرف به العيب مثل أن نقب الرمان فغرف حموضته أو قطعه قطعا يسيرا فغرف أنه مدود • قال القاضي أبو الطيب :

لأن التدويد لا يمكن أن يعرف بالنقب ، وإن كان هكذا ففيه قولان •  
وقد تقدم ذكرهما عن مختصر المزني • واتفقت الطرق على حكايتهما  
( أظهرهما ) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ، وهو ما أورده المصنف  
( ثانيا ) وهو الذي حكى المزني في كلامه أولا أنه سمعه من الشافعي ،  
وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وممن رجحه الماوردي والرويانى  
والشيخ أبو حامد ومن تابعه على ما حكاه الراغبى وقاسوه على المصراة •  
هكذا قاسه الأكثرون ، والمصنف قاسه على نشر الثوب ، وسنذكر سبب  
ذلك إن شاء الله تعالى •

( والقول الثانى ) أنه ليس له الرد قهرا كما لو عرف عيب الثوب  
بعد قطعه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وصححه صاحب التهذيب ،  
قال المزني بعد حكاية ما قدمته عن المختصر : هذا يعنى القول بأنه ليس  
له الرد أشبه بأصله ، لأنه لا يرد الرائج مكسورا ، كما لا يرد  
الثوب مقطوعا ، الا أن يشاء البائع ، وأجاب الأصحاب بأن للشافعي  
في الرائج قولين أيضا ( فإن قلنا ) لا يرد فهو كسائر العيوب الحادثة  
فيرجع المشتري بأرشف العيب القديم • أو يضم أرشف النقصان اليه  
ويرده كما سبق هكذا قال الراغبى • وهو مأخوذ من كلام الامام كما  
سنذكره في آخر الكلام ، وعليه ينزل كلام المصنف والأصحاب ،  
فمن أطلق أنه يرجع بالأرشف ، فإذا رجع بالأرشف فيقوم صحيحا  
— وقشره صحيح — وفاسدا وقشره صحيح ، وينظر كم نقص من قيمته  
فيرجع به من الثمن • وهذا معنى قول المصنف على ما ذكرناه ، أى  
أنه يرجع من الثمن ، وليس كالأرشف الذى يرد المشتري على ما سيأتى  
إن شاء الله تعالى ، ولا يقومه مكسورا ، لأن الكسر نقص حدث في يده ،  
وانما يجرى تقويمه مع العيب الذى كان عند البائع • وطريق الاطلاع  
على العيب على هذا القول من ضمان المشتري لأننا منعناه من الرد  
( وإن قلنا ) يرد ، وهو الأظهر ، فهل يغرم أرشف الكسر ؟ فيه قولان  
( أحدهما ) نعم كالمصراة • وهذا هو الذى تقدم نقله عن المختصر في  
قول الشافعي : لك رده ، وما بين قيمته فاسدا صحيحا وقيمه فاسدا  
مكسورا فهذا صريح في وجوب الأرشف على المشتري إذا رد • ورجح  
الغزالي هذا القول •

( والثانى ) لا ، لأنه معذور فيه ، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه ،

وهذا أصح عند الجرجاني وصاحب التهذيب وابن أبي عسرون والرافعي في المحرر . ولهذا قال في الروضة : انه الأظهر ، ونقل الرافعي أنه أصح عند غير صاحب التهذيب أيضا . ونقل غيره أنه أصح عند الشيخ أبي حامد ، ولم أر ذلك في تعليقه وطريق الاطلاع على هذا القول من ضمان البائع ، والفرق بينه وبين المصراة أن الكسر عيب حادث لم يفوت عينا على البائع بخلاف حلب المصراة فإنه أظهر نقصا مع تفويت عين هكذا قال بعضهم : ومن مجموع ذلك تأتي ثلاثة أقوال جمعها أبو اسحاق المروزي والشيخ أبو حامد فمن بعده ، والغزالي جعلها أوجها ( أحدها ) أنه لا يرد ويرجع بالأرشف ( والثاني ) يرد بغير أرشف ، وهو الأظهر عند الرافعي وغيره ( والثالث ) يرد مع الأرشف ، قال الغزالي : وهو الأعدل . ثم ننبه على أمور :

( أحدها ) أن طريق الاطلاع على العيب اما أن يكون من ضمان البائع ، أو من ضمان المشتري ، ان كان الأول فليرد بغير أرشف كما رجحه الرافعي ، وان كان الثاني فليمتنع الرد ، فالقول بأنه يرد مع الأرشف خارج عن السأخذين ، مع أنه المنصوص في المختصر ، وعلة الغزالي كما قال : انه الأعدل بأنه حتى لا يتضرر البائع أيضا ، وذلك من قبيل المصلحة المرسله .

( الثاني ) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد ، واذا رد لم يغرم الأرشف على الأظهر ، وتبعه في المنهاج فقال : رد ولا أرشف عليه في الأظهر ، فان أراد أن الرد مجزوم به والخلاف في الخلاف في الأرشف ، فهذه طريقة لم أعلم من قال بها . فالوجه أن يجعل قوله في الأظهر غاية اليهما . ويكون المعنى أن الأظهر أنه يرد بغير أرشف وهو القول الذي رجحه في الشرح . ومقابله قولان عدم الرد مطلقا أو الرد مع الأرشف ( الثالث ) قال الامام : مما يجب التنبيه له — ولا تتحقق الاحاطة بالمسألة دونه — أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلا عن تفصيل القول في العيوب الحادثة الا على قولنا : ان المشتري يرد المعيب المكسور من غير أرشف ، فان لم نسلك هذا المسلك فلا فرق . فاننا اذا ذكرنا في الكسر خلافا في المنع من الرد وضم أرشف الحادث من العيب ، فقد ذكرنا مثله في كل عيب حادث ، فلا تتفصل هذه المسألة

عن غيرها الا اذا جوزنا الرد مع غير غرم أرش في مقابلة عيب الكسر  
فلو قال قائل : مسألة الكسر أولى بأن يحتكم المشتري فيها بالرد مع  
غرامة الأرض كان هذا غرقا في ترتيب مسألة عن مسألة .

هذا كلام الامام وهو في نهاية الحسن ، لكنه يقتضى أنه عند  
التنازع يأتي الخلاف فيمن يجاب ( فان قلنا ) في تلك المسائل يجاب  
المشتري فبهنا أولى ( وان قلنا ) يجاب البائع مطلقا أو اذا طلب  
تقرير العقد فبهنا خلاف ، والذي يدل عليه ظاهر النص الذى سمعه  
المزنى من الشافعى أن المجاب المشتري في طلب الرد مع الأرض ،  
والفرق بينه وبين تلك المسائل اما على القول الذى اختاره المزنى بامتناع  
الرد فنتحدد هي وتلك المسائل كما تقدم عن الراعى ، والظاهر أنه  
أخذ من كلام الامام هنا .

( الرابع ) أنه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به ،  
فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد ، وان نقص — فان كان لا يوقف  
على عيبه الا به ، مثل أن يتولى ذلك من هو من أهل الصنعة ويرفق  
به — ففي المسألة الأقوال المذكورة ، وان لم يكن من أهل الصنعة ،  
ونقص نقصا زائدا فعلى ما سيأتى . فيما اذا زاد في الكسر ، المذهب  
امتناع الرد . وقال أبو اسحاق : على الأقوال . وأطلق الأصحاب المسألة  
فصورها صاحب الحاوى فيما اذا كان مطويا على طاقين حتى يرى  
جميع الثوب من جانبه ، فان كان على أكثر من طاقين لم يصح البيع ،  
أن لم تجوز خيار الرؤية . قال الراعى : وهذا أحسن . لكن المطوى  
على طاقين لا يرى من جانبه الا أحد وجهى الثوب ، وفي الاكتفاء  
به تفصيل وخلاف قد سبق .

وقال امام الحرمين : ان هذا الفرع مبنى على تصحيح بيع  
الغائب ، وذكر الراعى تنزيلين آخرين ( أحدهما ) أن يفرض رؤية  
الثوب قبل الطى والذى قبل البيع ( والثانى ) أن ما ينقص بالنشر  
ينقص بالنشر مرتين فوق ما ينقص به مرة واحدة ، فلو نشر مرة وبيع  
وأعيد طيه ثم نشره المشتري فزاد النقصان بذلك انتظم الفرع .

إذا علم ذلك فالمصنف قاس بالنشر على نشر الثوب فإن أراد الذى لا يحصل به نقص فالفرق ظاهر ، وإن أراد ما يحصل به نقص وهى كالمسألة ، والخلاف فيها كالخلاف ، فكيف يجعلها أصلاً ويقيس عليها ؟ • وكذلك صاحب التهذيب قاس على نشر الثوب والمصراة جميعاً ، والظاهر أن المصنف انما قاس على نشر الثوب ولم يقس على المصراة • لأن المسألة خلافية بيننا وبين أبى حنيفة • وأبو حنيفة لا يسلم الحكم فى المصراة فلا يمكن الاحتجاج عليه بها فقاسها على نشر الثوب • وكذلك فعل فى النكت قال : كنشر الثوب وقلب الصبرة • وهذا يدل على أنه أراد النشر الذى لا يحصل به نقص • ولهذا لم يقل فى علقته هنا : أنه نقص • بل قال : يعنى كأنه لكونه طريقاً الى معرفة العيب لا يعد نقصاً •

( الخامس ) قال المرعى : فى ترتيب الأقسام سبب ذكرته فيما تقدم مختصراً ولا بد من ذكره هنا والتنبيه على ما فيه • وهو أن العيب الحادث فى المصراة على ثلاثة أضرب : ما فيه قول واحد أنه يرد كالعيب والخيار • كغمزه بعود أو حديدة فيتبين الأرش • وما فيه ثلاثة أقوال له أنه مر غله الرد • وما فيه قولان كالثوب يقطع ثم يتبين به حرق هل يرد ؟ ونقص القطع أو لا • ويأخذ الأرش وما فيه ثلاثة أقوال كالجوز واللوز وما لا يتوصل الى علمه إلا بكسره • فإذا كسره فأصابه غاسدا ففيه ثلاثة أقوال ( أحدها ) يرده وما نقص ( والثانى ) يأخذ الأرش ( والثالث ) يرد ويأخذ جميع الثمن •

( قلت ) فإن كان مراده حيث لا نجعل فى العيب والخيار عيباً بذلك الغمز • فهو يخالف فرضه • وإن حصل فيه بذلك عيب — فإن لم تبقى له قيمة — لم يأت إلا الرد والرجوع بجميع الثمن كما قال • وحينئذ القسم الثالث فى كلامه أن لم تبقى له قيمة فلا يأتى فيه إلا قول واحد كذلك • وإن بقيت له قيمة لم يأت فيه القول بالرجوع بجميع الثمن •

( السادس ) قول المصنف لا يوقف على عيبه إلا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله فى جوفه ، فإنه يشمل الثوب إذا نشره كما تقدم • وكذلك إذا اشترى قطعة خشب ليتخذ منها ألواحاً فلما قطعها

وجدنا عفتة • قال القاضي حسين في الفتاوى : فيه قولان كما مأكوله في جوفه ( فان قلنا ) لا رد له يأخذ الأرض من البائع • وهو ما بين قيمتها عفتة وغير عفتة ، قال : وبه أفتى ( قلت ) وهذا اختيار منه للقول المرجوح في عدم الرد ، ولا جرم • صححه تلميذه وصاحب التهذيب كما تقدم •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان قلنا : يلزمه الأرض قوم معييا صحيحا ومعيبا مكسورا ، ثم يرجع عليه بما بين القيمتين ، لأنه لما رد انفسخ العقد فيه فصار كالمقبوض بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، فضمن نقصانه بما نقص من القيمة ، ويخالف الأرض مع بقاء العقد لأن المبيع مع بقاء العقد مضمون بالثمن ، فضمن نقصانه بجزء من الثمن ) •

( الشرح ) إذا قلنا يلزم المشتري الأرض عند رد المكسور كما هو ظاهر نص المختصر على خلاف الذي رجحوه ، فالأرض ههنا هل هو كالأرض المأخوذ من البائع عند بقاء العقد ؟ وقد تقدم أنه جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما نقص العيب من قيمة السليم الى تمامها أو الأرض هنا مخالف لذلك الذي قاله المصنف هنا أنه مخالف ، وأن الأرض ههنا لا ينسب من الثمن ، بل هو ما نقص من قيمة السليم كما ذكره في الكتاب ، ووافقه على ذلك أكثر الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ، ومنهم الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وصاحب التتمة وصاحب التهذيب والرافعي وخلائق لا يحصون ، والظاهر أن ذلك لا اختصاص له بهذه المسألة ، بل بحيث أمرنا المشتري برد الأرض على البائع بعد الفسخ في العيوب الحادثة ، ولذلك قال الرويانى فيما إذا تقايلا ثم وجد البائع بالمبيع عيبا حدث عند المشتري • وقلنا بأن الاقالة لا تنفسخ ، وهو الأصح عند الرويانى أنه يرجع البائع على المشتري بالأرض قال والأقرب أنه يلزمه نقصان القيمة لأن البيع مرتفع بينهما • وهذا الذي قاله المصنف والأصحاب يطرقه أمران ( أحدهما ) من جهة البحث ( والثاني ) من جهة النقل • أما الذي من جهة البحث فقل

مجلى فى الذخائر : فيه احتمال ، لأن الفسخ يرفع العقد بعد القبض من حينه ، فقد وجد العيب فى يده ، وهو مضمون عليه بالثمن ، فينبغى أن يكون فوات ذلك الجزء مضمونا بجزء من الثمن •

وأما الذى من جهة النقل فقال المصنف فى باب اختلاف المتبايعين : أن المشتري إذا قطع يد العبد فى يد البائع لم يجز له الفسخ ، فإن اندمل ثم تلف فى يد البائع رجع البائع على المشتري بأرثس النقص ، فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ، ولا يرجع بما نقص من القيمة ، فذلك قال القاضى أبو الطيب فى شرح الفروع : أن المشتري إذا وطئ الجارية المبيعة البكر فى يد البائع ، ثم تلفت قبل القبض أنه يجب أرثس البكارة منسوبا من الثمن ، وطرد ذلك فيما إذا قطع يد العبد ثم مات بأفة سماوية قبل القبض أنه يستقر نصف الثمن وقال : إذا قطع المشتري يد العبد أنه يستقر العقد بجملة الثمن ، حتى إذا تلف العبد بعد ذلك لا يرجع المشتري على البائع بشئ •

وفى الحاوى حكاية خلاف فى صورة قطع اليد ، فى أن البائع يرجع على المشتري عند تلف العبد بالأرثس المقدر كالأجنبي ، أو بما نقص من القيمة لأن الجنائية كانت فى ملكه بخلاف الأجنبي • وفى التهذيب هل يستقر على المشتري من الثمن نسبة ما انتقص من القيمة ؟ وهو المذهب فى تعليق القاضى حسين • والمجزوم به فى شرح الفروع للقفال • وقد قدمت ذلك عن القاضى حسين والقفال فى وطء البكر • فهذه النقول كلها الا ما فى الحاوى تدل على أن الأرثس المأخوذ من المشتري مقدر من الثمن كالأرثس المأخوذ من البائع • وذلك يؤيد ما قاله مجلى •

والجواب : أما ما ذكر من النقل فإن ابن أبى الدم غرق بين مسألتنا هذه • وبين المسألة التى ذكرها المصنف فى اختلاف المتبايعين من وجهين ( أحدهما ) أن المشتري لما رد المبيع بالعيب فقد فسخ العقد باختياره ، فارتفع العقد قولاً واحداً وصار كأن العقد لم يوجد ، ولا كأنه التزم ثمنه ، لأن العقد انما انعقد بينهما على ظن المشتري السلامة التى يقتضيها مطلق العقد ، فإذا بان كونه معيباً صار كأنه أثلثه ، ولم يجبر عليه عقد ، فكان الثمن فى هذا بعيداً عن العقد ،

فلم ينسب القيمة اليه ، وهذا معنى قول الشيخ فصار كالمقبوض على وجه السوم ، بخلاف مسألة العبد ، فان المشتري هو المفرط بقطع يد العبد وتعييبه ، ولم ينسب البائع فيه الى تقصير في عيب أصلا ، فكأن المشتري رضى بالعقد ، ورضى بالتزام الثمن فيه فيقترب الثمن من العقد ، فاعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن •

( الفرق الثانى ) أن نسبة يدى العبد كنسبة نفسه على مذهب الشافعى فى أن جراح العبد من قيمته ، كجراح الحر من ديتة ، فيده كنصف نفسه ، فلو قتل المشتري العبد كان قابضا له قولاً واحداً ، فإذا قطع يده فكأنه قبض نصف العبد تقديراً ، فإذا مات بعد الاندمال بيد البائع اعتبرت القيمة منسوبة الى الثمن لقرب العقد من الاستقرار ، وما ذكره القاضى أبو الطيب يقوى ما ذكرناه فى الفرق بين المسألتين ، ويفهم منه اختلاف ما بينهما ، وقول الماوردى فى الوجه الأول انه يضمنه بالأررش المقرر كالأجنبى ، معناه أنه يضمنه بنصف قيمته تقديراً •

( وقوله ) فى الوجه الثانى : انه يضمنه بما نقص ، معناه أنه يلحق بغير العبد كالبطيخ وغيره ، وكأن الوجه الأول مبنى على مذهب الشافعى فى جراح العبد ( والثانى ) مبنى على مذهب ابن سريج أنها غير مقدرة • بل الواجب فيها ما نقص من قيمتها كالواجب فى غير العبد ، وذكر الامام فى الغصب خلافاً فى أن المشتري اذا قطع يدى العبد هل يكون قابضاً له ؟ ويسقط ضمان العقد فى الباقي واستضعف القول بالسقوط ، هذا جواب ابن أبى الدم رحمه الله ، وما لحظه فى الفرق الأول من التفريط وعدمه غير متضح ، وما ذكره فى الفرق الثانى من قرب الاستقرار أبعد ، لأن المسألة هنا بعد القبض المحقق وقد استقر العقد وكان ينبغى أن ينسب من الثمن •

وقد مال ابن الرفعة الى ما قاله مجلى وأيده باتفاق الأصحاب ، على أن غريم المفلس اذا رجع فى العين وقد نقصت فى يد المفلس بفعل مضمون يضرب مع الغرماء بقدر أرش النقص من الثمن ، واعتذر عما ذكره الأصحاب على اختلافهم احتمال مجلى بتخصيص ما ذكره بحالة فوات وصف مجرد من المبيع ، ليس بجزء وما ذكر من المسائل المنقولة

مما ذكره المصنف في باب اختلاف المتبايعين وغيره في بعض الأجزاء ،  
وهي أقرب الى المقابلة من الصفات المجردة . فلذلك جعل مستوفيا لها ،  
وحسب بدلها عليه من الثمن بخلاف الصفات ، فان العبد اذا زنى أو سرق  
أو أبق لا يمكن أن يجعل المشتري بذلك مستوفيا لصفة السلامة  
منه ، حتى يستقر عليه من الثمن بنسبة ما نقص من قيمته ، قال : وهذا  
من دقيق الفقه غليظا مل .

( قلت ) وهو حسن ان سلم لكن يחדشه أمران ( أحدهما ) تعليق  
المصنف والأصحاب بأنه لما رد انفسخ العقد فيه ، وصار كالمقبوض  
بالسوم ، والمقبوض بالسوم مضمون بالقيمة ، وذلك لا فرق فيه بين  
الأجزاء والأوصاف ، وكما أنا في الأرض المأخوذ من البائع لا نفرق فيه  
بين الأجزاء والأوصاف ، فكذلك هنا ومن يزعم أن الأرض جزء من  
الثمن ويأخذها عن الزنا والابق ونحوه من الأوصاف من البائع منسوبا  
من الثمن ، وان كانت ليست بمقابله الا على وجه التقدير ان صح ،  
فكيف لا ينزلها في جانب المشتري كذلك ، وأيضا فانهم أطلقوا هنا  
وقد يكون الذاهب جزءا .

( والثاني ) أن الغزالي رحمه الله في مسألة الحلى بعد أن حكى قول  
ابن سريج والأصحاب قال فتحصلنا على احتمالين في حقيقة كل واحد  
من الأرضين أنه غرم ابتداء وفي مقابلة المعقود عليه ، والمشهور ما أشار  
اليه ابن سريج فيهما جميعا ، يعنى أنه جزء من الثمن والفائت في  
مسألة الحلى بالكسر وصف لا جزء ، فكلام الغزالي هذا وان استشكلنا  
به قول ابن الرفعة فانه يشكل أيضا على ما قاله المصنف والأصحاب  
هنا من أن الأرض من المشتري لا يثبت من الثمن ، بل من القيمة وذلك  
يخالف قول الغزالي : انه جزء من الثمن كالمأخوذ من البائع على أحد  
الاحتمالين اللذين ذكرهما ، وقال : انه المشهور .

ولا شك أن المشهور الذى قال به معظم الأصحاب في الأرض  
القديم ، فلم لا كان كذلك في الأرض الحادث ؟ اللهم الا أن يقال :  
لا يلزم من كونه جزءا من الثمن أن يكون منسوبا منه وهو بعيد ،  
لأنه متى لم ينسب منه لا يكون جزءا منه ، فكلام الغزالي في الأرض

الحادث مخالف لما قاله المصنف والأصحاب هنا ، ثم ان للغزالي أن يقول للأصحاب : أنتم منعتم رد الحلّى مع أرش الكسر الحادث خذوا من الربا ، وقتلتم : أما أن يرده وحده ويسترجع الثمن ، ثم يغرم أرش الحادث كالمستام ، كما تقدم عن أكثر الأصحاب ، وأما أن يغرم قيمته كما قال ابن سريج ، وأما أن يأخذ أرش القديم كما قال صاحب التقريب ، ومنعوه أن يضم أرش الحادث اليه في الرد ، كما يفعل في غيره ، فإن كان الأرش حيث أخذ من المشتري لا يكون جزءا من الثمن فلا تخصيص لمسألة الحلّى ، بل صارت هي وغيرها الأرش الذى يرده المشتري كالأرش الذى يغرمه المستام ، ولا يبقى محذور من جهة الربا فيه .

وان كان الأرش جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلّى ، وغفروا الى أن جعلوه كالمستام لضرورة فرارا من الربا ، فدل على أنه في غير ذلك الموضع يكون بخلافه ولا يخرج عن كونه منسوباً من الثمن ، وقد تقدم في مسألة الحلّى وغيرها أن الامام نبه على الأرش عن الحادث ، كيف يضم الى المبيع المعيب ؟ ويرد الرد عليهما جميعاً ، واستشكل ذلك والخلص عنه بما سبق .

فان صح ما يقوله المصنف والأصحاب هنا من أن أرش الحادث لا ينسب من الثمن خرجت مسألة الحلّى في رد الأرش الحادث معها عن الاشكال ، وبين ما قدمناه من الاحتمالات في رد الأرش عن الحادث وأن سبيله سبيل الغرامات لا غير . لكن يبقى عليه ما ذكره مجلى من الاشكال . وعند هذا أقول : ان كلام المصنف والأصحاب هنا لم يريدوا به كل العيوب الحاصلة في يد المشتري كالزنا والسرقه والاباق . فإذا غرض حصولها في يد المشتري منعت الرد . فإذا اتفقا على الرد مع أرشها كان على حسب ما يتفقان عليه وفي تقدير ذلك بحث قدمته عند حدوث العيب وذكرت فيه أربعة احتمالات .

ومراد المصنف هنا والأصحاب بما يحصل بفعل المشتري ككسر البطيخ ونحوه مما هو يتكلم فيه ، فان ذلك مضمون على المستام بما نقص من القيمة ، وكذلك كسر الحلّى ، فذلك يضمه ، وسائر صور

حدوث العيب غير مسألقتنا هذه ، ومسألة الحل ، الأمر فيها سهل اذا كانت على حسب التراضى فان المتبايعين على ما شاءا من قليل وكثير .

أما اذا قلنا : المجاب البائع أو المشتري ، ودعى الى الرد مع الأرض . فيحتاج اليه . وكذلك في هذه المسألة اذا كان الأمر على ما تقدم عن الراعى ، أما على ما يظهر من عبارة المصنف وأكثر الأصحاب من أنا اذا قلنا بالرد ورد الأرض كان ذلك الى المشتري ، وله الزام البائع به ، ونسخ العقد . فيحتاج الى البيان فيه . ولا جرم لم يذكر المصنف وكثير من الأصحاب الكلام في ذلك الا في هذه المسألة وكأنهم رأوا أن المشتري يلزم البائع بالرد ثم يبقى الأرض لازما له فاحتاجوا الى بيانه .

ومسألة الحل أولى بالبيان . لأن الأمر فيها على بيان الالتزام فاذا تقرر فحيث قلنا بالالزام . وكلام المصنف هنا والأصحاب بل الشافعى في المختصر يقتضى أن ذلك منسوب الى القيمة . وجزم الأصحاب غير مجلى بأنه ليس منسوبا من الثمن وهو مشكل بما قاله مجلى .

وأما كونه يرجع في الفلس بجزء من الثمن فيظهر الفرق بينه وبين ما نحن فيه بأن المقصود في الفلس وصول البائع الى الثمن فعند التعذر جوز له الرجوع الى عين ماله . فاذا فات منها جزء نسبناه من الثمن . لأنه الأصل المقصود هناك لا مقصود غيره فالفلس مأخوذ منه بغير اختياره والمشتري هناك مراد اختياره ومقصوده نقض البيع الذى دلس عليه البائع فيه .

( فروع قال ابن الرفعة : على كل حال غاى وقت نعتبر القيمة فيه . فيه وجهان ( أصلهما ) ما اذا تعيب العين في يد المستام ( أحدهما ) وقت حدوث العيب ( والثانى ) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب . وكذا فيما قد يظن انه يقتضى أن العقد اذا فسخ لا يرتفع من حينه لكنه على الأول يرتفع من حين حدوث العيب . وعلى الثانى يرتفع من حين القبض . وليس كذلك . بل هو مرتفع من حينه ،

ومن ارتفاعه من حينه لا يمكن أن يقال بتقدير جزء من الثمن ، فيتعين الرجوع الى القيمة وأقرب وقت تعتبر فيه عند الأول وقت حدوث العيب ، لأن الواجب أرشهُ فلذلك اعتبره ، والقائل الآخر يقول : قد انكشف الحال عن ضمان المعيب بالقيمة على المشتري ، وقد ثبتت يده على الفأنت من حين القبض الى حين التلف فضمن أكثر القيمة في ذلك .

قال : وعلى الجملة غفى التسوية بين المستام والمشتري في هذا المقام نظر ظاهر مع لحاظ أن العقد لا يرتفع من أصله ، فهذان الوجهان يقربان من الوجهين فيما اذا فسخ العقد بالتخالف ، وقد نقص المبيع في يد المشتري مع لحاظ أن العقد يرتفع من أصله ، والأصح منهما عند الغزالي اعتبار وقت التلف ، وليس الوجهان مثل الوجهين ، لأن الفأنت في التخالف جزء مقابل بالثمن كما هو مفروض هناك : وهنا قد تقرّر أن الفأنت صفة ، ولكنهما قريبان منهما .

( قلت ) وقد قال صاحب التتمة : اذا تحالفا والسلعة هالكة . وقلنا : العقد يرتفع من أصله صار كالمستام ( وان قلنا ) من حينه غرم أقل قيمته يوم العقد والقبض ، والأصحاب أطلقوا أنه يغرم قيمة يوم التلف ، وما قاله ابن الرقعة يشهد لما قاله مجلى أن الأرش المأخوذ من المشتري ينبغى بناؤه على ذلك .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقان ( أحدهما ) لا يجوز الرد قولاً واحداً لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب فمنع الرد كقطع الثوب ( والثاني ) أنه على القولين لأنه يشق التمييز بين القدر الذي يحتاج اليه في معرفة العيب وبين ما زاد عليه فسوى بين النقيض والكثير ) .

( الشرح ) الطريقة الأولى : هي المذهب . كذلك قال الشيخ أبو حامد وغيره وحكاها الماوردي عن أبي حامد المروزي ، وجمهور

أصحابنا • والطريقة الثانية : حكاها أبو اسحاق المروزي عن بعض أصحابنا • فإذا قلنا : بالطريقة الأولى فذلك كسائر العيوب الحادثة كذلك قاله الراغبى أى فبأتى فيه ما تقدم من الخلاف عند التنازع إذا دعى أحدهما الى الأرش القديم والآخر الى خلافه ( وان قلنا ) بالثانية فعلى ما تقدم إذا لم يزد فى الكسر حرفا بحرف •

( فروع ) إذا عرفت هذا قال أصحابنا : مكسور الجوز ونحوه • ونقّب الرانج من صور الحال الأول الذى لا يقف على العيب بدونه ، وكسر الرانج وترصيص بيض النعام من صور الحال الثانى الذى يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه • وكذا تقوير البطيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بغرز شئ فيه ، وكذا التقوير الكبير إذا أمكن معرفته بالتقوير الصغير ، والتدويد لا يعرف الا بالتقوير وقد يحتاج الى الشق ليعرف • وقد يستغنى فى معرفة حال البيض بالقلقة على الكسر • قال القاضى حسين وغيره : والرمان بمطلقه لا يقتضى حلاوة ولا حموضة ، فإذا شرط فيه الحلاوة فبان حامضا بالغرز رد ، وان بان بالشق فلا •

( فرع ) روى أن مولى لعمر بن حريث الصحابى اشترى لعمر بن حريث بيضا من بيض النعام أربعا أو خمسا فلما وضعهن بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فإذا هى فاسدة ، ثم ثافية ، ثم ثالثة ، حتى تتابع منهن فاسدات ، فطلب الأعرابى يخاصمه الى شريح ، فقال شريح : أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذى أخذه به وأما ما بقى فأنت يا أعرابى بالخيار ان شئت كسروا فما وجدوا فاسدا ردوه • وما وجدوه طيبا فهو بالسعر الذى بعثتم به •

وأخذ بعض الناس من هذا أن عمرو بن حريث رضى الله تعالى عنه كان رأيه جواز الرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع او اعتقه او وقفه )

ثبت له أرش العيب لأنه أيس من الرد فثبت له الرجوع بأرش العيب) •

( الشرح ) امتناع الرد عند هذه الأمور لعدم امكانه لأن الرد يعتمد مردودا واتفقوا على أنه لا تقام قيمة التالف مقامه ليرد الرد عليها الا ما نقل عن أبي ثور وقد ذكرته عند الكلام في المصراة من نقل الجوزي عنه • لكن ابن المنذر نقل عنه هنا لمذهب الشافعي • وبعضهم زعم أن الرد ورد على خلاف القياس • فيقتصر فيه على مورد النص فالاجماع ، ولم يحصل ذلك عند تلف العين ، وفرقوا بينه وبين التخالف حيث جاز عند هلاك العين بهذا • أو بان لنا في الرد بالعيب طريقا آخر وهو الأرش بخلاف التخالف • وكذلك الفسخ بخيار المجلس أو الشرط عند تلف المبيع في يد المشتري ( اذا قلنا ) بانتقال الضمان يقبضه في زمان الخيار فانه يجوز كالتخالف والاقالة بعد تلف المبيع جائزة على الأصح ( ان قلنا ) انها فسخ ، وقيل لا • لعدم الحاجة اليها •

إذا عرف ذلك فالأرش واجب قطعاً بعلتين :

( احدهما ) ما ذكره المصنف أنه أيس من الرد ، وهذه مقتضى قول أكثر الأصحاب كما سيأتي لك فيما اذا باعه •

( والثانية ) أنه لم تستدرك الظلامة ، وهو مقتضى علة أبي اسحاق في مسألة البيع ، كما سيأتي ان شاء الله تعالى • ولم يتفقوا على أن كل واحدة علة مستقلة لاختلافهم فيما اذا تلف في يد المشتري الثاني كما سيأتي • ولا جزء علة كذلك ، بل الأكثرون يعتبرون اليأس ولا يعتبرون العلة الأخرى ، وأبو اسحاق بالعكس فاذا وجد المعنيان أو انتفيا اتفقوا ، وان وجد أحدهما دون الآخر اختلفوا • وههنا اجتمع اليأس وعدم استدراك الظلامة ، فاتفقوا على الرجوع بالأرش ، فالمصنف تبع الأكثرين في التعليل ، ولم يعتبر قول أبي اسحاق •

وقد ذكر المصنف ثلاث مسائل مشتركة في الفوات ( احدها ) في الفوات الحصى ( الثانية والثالثة ) في الفوات الشرعى • أما الأولى

وهي هلاك المبيع ، فذلك يشمل ما اذا هلك بنفسه ، كموت العبد .  
واحتراق الثوب وشبههما ، وهذا لا خلاف فيه •

وممن قال به مالك وأحمد وأبو ثور على ما حكاه ابن المنذر •  
وروى ذلك عن الشعبي والزهرى • وحكى الامام قبيل كتاب الرهن  
فيما اذا قبض المسلم المسلم فيه قال : وذهب المذني الى أن الرجوع  
بالأرش لا يثبت بعد تلف المقبوض قال ابن الرفعة وهو يجري هنا بطريق  
الأول لأن غاية الأمر أن يجعل المعين عما في الذمة كالمعين في العقد •

( قلت ) وليس كذلك • وقد كنت استغربت هذا القول عن المذني  
فنتبعت أثره فرأيت في تعليق القاضي حسين قبيل كتاب الرهن أيضا  
ما يثبتته ويبين مأخذه وأنه لا يطرد هنا ، وذلك أنه قال : اذا أسلم  
في طعام وقبض بعضه وأتلفه ثم قبض الباقي فاطلع على عيب به وادعى  
أن المتلف كان به هذا العيب فالقول قول المسلم اليه ، فإن نكل حلف  
المسلم ورجع عليه بالأرش •

قال المذني : وجب أن لا يجوز له الرجوع بالأرش لأنه يؤدي  
الى أن يأخذ بعض المسلم فيه وبدلا عن الباقي • قلنا : هذا ليس  
من الاستبدال في شيء ، وإنما هو فسخ العقد في البعض ، لأنه كاحتباس  
جزء ، ألا ترى أنه انما يثبت له حق استرداد ما يقابل العيب من  
رأس المال لو أسلم في كر حنطة فقبضها وأتلفها • ثم اطلع على عيب  
قديم بها ينقص عشر قيمتها ، رجع على المسلم اليه بعشر رأس المال ،  
فكلام القاضي هذا يبين لنا أن مأخذ المذني في ذلك جعله من باب  
الاستبدال عن المسلم فيه ، والامام أخذ ذلك عن القاضي واختصر  
ويستكت عن مأخذه ، واقتصر على حكاية النقل عن المذني ، في حالة التلف ،  
فحصل في كلامه اشكال أوجب لابن الرفعة أن نقل ذلك هنا ، وبما  
ذكره القاضي اندفع ذلك ، ومقتضاه أن المذني يمنع أخذ الأرش عن  
المسلم فيه مطلقا عند التلف وغيره •

ثم ان القاضي أيضا غرضها في الاتلاف لا في التلف ، فهذا  
ما يتعلق بهذا القسم الذي يحصل هلاك المبيع بنفسه ، وأما اذا قتل

العبد أو أكل الطعام ونحوه فكذاك عندنا ، سواء حصل ذلك بفعل المشتري أو أجنبي .

وقال أبو حنيفة : لا يرجع بالأرث فيهما لأنه فعل مضمون فأشبهه ما إذا باعه أو أمسكه وقاس أصحابنا على الموت والاعتاق ، وأجابوا عن البيع بعدم اليأس . وعن الامساك بدلالته على الرضا بالعيب . أما الثانية والثالثة ، وهى ما إذا أعتقه أو وقفه ، فاتفق أصحابنا أيضا على أنه يرجع بالأرث ، ووافقنا مالك وأحمد وأبو ثور والشعبي والزهرى فيما روى عنهما فى العتق ، وروى عن شريح والحسن أنهما قالا : إذا أعتقه فقد وجب عليه .

ومحل اتفاق أصحابنا على ما إذا كان العتق بانشاء المشتري ، كما تدل عليه عبارة المصنف ، وكان متبرعا بذلك . وفى معناه انشاء وكيله . أما لو لم يكن بانشاءه ، كمن اشترى من يعتق ثم اطلع على عيب ، أو كان بانشاءه ولكنه كان اشتراه بشرط العتق ثم وجد به عيبا بعد العتق ، فنقل الراهمى عن ابن كج عن أبى الحسين وهو ابن القطان فى المسألة الأولى وجهين فى شراء القريب ( الثانية ) أنه لا أرث فى مسألة شرط العتق .

قال — يعنى ابن كج — وعندى أن له الأرث فى الصورتين ، فعلى هذا يكون قول المصنف أعتقه لأنه الغالب ، أو على سبيل المثال ، وليس المقصود به الاحتراز ، ولا يستثنى من كلامه شيء على رأى ابن كج — وهو الصحيح — وعلى رأى ابن القطان تستثنى مسألة شرط العتق والذي يترجح فى مسألة شرط العتق ما قاله ابن كج ، وأما شراء القريب فإن كان مع جهل المشتري بالقربة حين الشراء فكذاك ، وبه جزم الامام قبيل كتاب السلم ، وإن علم المشتري حالة الشراء أنه قريبه الذى يعتق عليه فقد يقال : أنه انما بذل الثمن فى مقابلة العتق ، وليس المال مقصودا له ، لكن الأظهر الرجوع بالأرث أيضا لأن المقصود ان كان هو العتق فبذل ذلك الثمن بكماله انما كان فى مقابلة ما يظن من المبيع ، فإذا مات جزء صار المبيع الذى قصد عتقه مقابلا

لبعض الثمن غيرجع في الباقي • وأطلق الرويانى فى الحلية أنه لا يجب الأرض فى شراء القريب ، قال : لأن المعنى فى العاقد لا فى العبد •

( قلت ) وهذا المعنى لو سلم له يرد عليه فى انشاء العتق تبرعا ، وهو يوافق على أخذ الأرض • وقد أورد الأصحاب سؤالا ، وجوابه فيما إذا أعتقه مطلقا وإن كان تبرعا قالوا ( فإن قيل ) إذا أعتقه فقد حصل له الثواب ( فالجواب ) أن استدراك الظلامة بالمال دون الثواب على أنه إنما حصل له ثواب عبد معيب وهو دون ثواب السليم ، لقوله صلى الله عليه وسلم لما سأله أبو ذر رضى الله عنه : أى الرقاب أفضل ؟ قال : « أعلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها » رواه البخارى ، فالجزء الفائت بالعيب لم يتناولوه العتق ، ولا حصل له عنه ثواب غيرجع بأرشه •

( فإن قيل ) فيلزمه أن يتصدق به ( قلنا ) ليس هو بدلا عما وقع عليه العتق ، وإنما هو عن الجزء الفائت • هذا ذكره فى العتق المطلق ، وهو يأتى فى العتق المشروط • وأما عتق القريب فقد تبين فيه أيضا •

( فرع ) يستثنى من اطلاق المصنف ما إذا منع مانع من أخذ الأرض كمسألة الحلى ، كما تقدم عن الأكثرين فيما إذا كان تالفا خلافا للقاضى حسين ، وصاحب التهذيب •

( فرع ) استيلاء الجارية مانع من الرد ، وينتقل الى الأرض كما فى الثلاثة التى ذكرها المصنف • ورابعها تشترك فى عدم امكان النقل من شخص الى شخص مطلقا ، لكن الأول للهلاك الحسى ، والعتق خارج عن الملك وغير قابل للنقل شرعا ، والمستولدة غير قابلة للنقل ولكنها مملوكة والموقوف على الخلاف فى انتقال الملك فهو بين العتق والاستيلاء •

وأما ما لا يمنع النقل من شخص الى شخص مطلقا ، فاما أن يكون مع بقاء ملك المشتري ، أو مع زواله أن كان مع زواله • وسيأتى

في كلام المصنف ان شاء الله تعالى ، وان كان مع مقابله ، فقد تقدم جملة منه عند الكلام في العيب الحادث لأن منها ما هو عيب •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان لم يعلم بالعيب حتى أبق العبد لم يطالب بالأرش ، لأنه لم يئأس من الرد فان رجع رده بالعيب وان هلك أخذ عنه الأرش ) •

( الشرح ) اذا أبق العبد في يد المشتري ثم علم عيبه ، فان كان العيب القديم الذي علمه غير الابق كالعرج والعمور وغير ذلك ، ولم يكن قد أبق في يد البائع ، فهنا الابق في يد المشتري عيب حادث مانع من الرد القديم وغير مضمون على البائع ، فله الرجوع بأرش العيب القديم ، لأنه أيس من الرد بحدوث العيب في يده ، ولم تستدرك الظلامة ، فهذا لا خلاف فيه على المشهور ، ويجب تقييد كلام المصنف به •

وممن صرح به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي وغيرهم ، وهو واضح وأغرب صاحب التتمة فقال : الصحيح ليس له الأرش ، لأنه يرجي أن يعود الى يده ، ويعرض الرأي على البائع في قبوله على العيب ، واستثنى العجلي وابن الصباغ من قولنا بوجوب الأرش ما اذا قال البائع : أنا أرضى به العيب الحادث ، فلو يكون للمشتري المطالبة بالأرش وظاهر هذا يقتضي أنه يتعذر على المشتري حينئذ المطالبة الآن لأنه يسقط الأرش ، والرد غير ممكن في حال الابق فيصبر حتى يعود غيرد •

لكن فيما قاله العجلي هنا نظر ، والفرق بين طلب (١) البائع ، الرد هنا وفي غيره من المواضع ظاهر ، لما فيه من ضرر المشتري هنا ، وتأخر استدراك الظلامة مع قيام موجبها ورأيت في الانتصار لابن أبي عصرون أنه ان رضى البائع برده في اباقة سقط حق المشتري

---

(١) بياض بالأصل محرر ولعل السقط : « قبول » لما يفيد السياق ( المطيبي )

من الأرض لتمكنه من الرد فهذا يقتضى أنه يرد في الابق ويزول به الاعتراض على المعلى وابن الصباغ وان كان العيب الذى اطلع عليه هو الابق ويزول مثل أن يكون أبق مرة أخرى من يد البائع ، فذلك عيب قديم والابق في يد المشتري مسند اليه واذا كان الابق عادة له لم ينقصه الابق الحادث لكن المشتري لا يمكنه الرد ما دام أبقا ، ولا يجوز له الرجوع بأرش العيب لأنه لم يئأس من رده •

قال القاضى أبو الطيب وغيره : وهذا الموضع يدل على صحة هذا التعليل ، يعنى أنه لو كانت العلة في وجوب الأرض هو أنه لم يستدرك الظلامة كما قال أبو اسحاق لرجع بالأرش ههنا ، لأنه يستدرك الظلامة ، وهذا الالتزام يدل على أن أبا اسحاق يوافق على أنه لا يرد ولا يرجع بالأرش ما دام أبقا ، وكذلك قال المحاملى : انه لا خلاف فيه بين أصحابنا ، ولكن صاحب التتمة حكى وجها مقابلا كما تقدم عنه أنه الصحيح عنده بأن له أخذ الأرض ، وعلة بعدم استدراك الظلامة ، وأطلقه فيما اذا اطلع على عيب العبد بعد اباقه من غير تفصيل بين أن يكون العيب القديم أبقا أو غيره ، وان وجد به عيبا قديما غير الابق وقد كان أبق في يد البائع لم يكن له أن يرده ما دام أبقا ولا يرجع بالأرش هكذا أطلق القاضى أبو الطيب وهو يشمل ما اذا كان المشتري قد رضى باباقه ، وهو صحيح فان الابق الطارىء لا يكون عيبا جديدا ، ولا يمنع من الرد بغيره •

واتفق الجميع على أنه اذا رجع بالعيب وان هلك في الابق رجع على البائع بأرش العيب ، لا يختلف المذهب في هذا اذا أبق في يد المشتري ، فان أبق في يد البائع أو ضاع في انتهاب العسكر قبل القبض فغى وجه ضعيف أنه يفسخ العقد كالتلف والصحيح أنه لا يفسخ لبقاء المالية لكنه عيب مثبت للخيار فيكون للمشتري الرد به ، وإطلاق المصنف يقتضى أنه لا يتمكن من الرد في مدة الابق وقد تقدم من ابن الرفعة أن الابق قبل القبض عذر في تأخير الرد وأنه لو أسقط حقه منه لأسقط على الصحيح ، وذلك يقتضى جواز الرد في مدة الابق وهو صحيح ، فانه لم يدخل بعد في ضمان المشتري ، ولا ترد هذه

المسألة على المصنف لأنه انما تكلم فيما بعد القبض بدليل حكمه بوجوب الأرض عند الهلاك •

قال الرويانى : فلو قال البائع للمشتري : لا تفسخ هأنا آتيك به فلا خيار له • ولنرجع الى الكلام فى الابق بعد القبض •

( اعلم ) أن الأصحاب أطلقوا ههنا أنه لا يتمكن من الرد فى مدة الابق فان كان المراد أنه لا يتمكن من الفسخ — وهو الظاهر من كلامهم — فما الدليل على ذلك مع وجود العيب ، وظاهر كلامهم الذى تقدم فى الثوب أنه لا يشترط حضور العين ، وأنه متمكن من التلفظ بالفسخ فى غيبة المشتري والحاكم والشهود ولكن هل يجب عليه ذلك ؟ فيه خلاف ، وان كان يشترط العين للمطالبة بالثمن فلو أن المشتري هنا فى مدة خيار الابق تلفظ بالفسخ لم ينفذ اذا تلفظ به وحده •

( فان قلت : ) هناك له فائدة اذا صدقه الخصم ، وههنا لا فائدة فيه ( قلت ) فائدته خروجه عن ملكه ويبقى مضمونا عليه ضمان يد لا ضمان عقد ، حتى اذا تلف يضمنه بقيمته ، ويسترد الثمن ، وقد يكون الثمن أكثر من القيمة ، فينبغى أن يتمكن من الفسخ أو أن يشهد عليه به ، وأن يرفع ذلك الى الحاكم حتى يثبتته عنده ليطالب بالثمن عند عود العبد ، وان كان المراد أن الابق عذر فى التأخير لعدم امكان الرد صورة ، فلا عليه فى أن يفسخ عند الحاكم أو الشهود ، ويصير قبض الثمن موقوفا على عود العبد كما لم يجعلوا غيبة العين مع القدرة عليها عذرا ، فما الدليل على جعل الابق عذرا ؟ والأقرب من حيث البحث أن يتمكن من الفسخ وان تأخر طلب الثمن ، وان كان ذلك بعيدا من عبارتهم •

فان قالوا : لا تمكن المطالبة عند الحاكم بالثمن المقبوض الا مع تسليم المعيب فعنده غيبته تتعذر الدعوى ، لأنها لا تبقى ملزمة فنقول فينبغى أن يشهد ، وأيضا فلو كانت العين غائبة فى بلد آخر أو عن مجلس الحكم ليس نوجب عليه المبادرة الى الحاكم بالفسخ قبل أن يردّها ، وممن ننبه عليه فى ذلك أن الابق اذا تكرر فقد تنقص القيمة

أكثر مما اذا صدر مرة واحدة ، فالعبد الذى أبق فى يد البائع مرة ثم أبق فى يد المشتري يجب أن يكون اباقه الثانى عيبا جديدا اذا كان منقصا من القيمة نقصانا أكثر من الأول ، فلا كان مانعا من الرد .

( فان قيل ) بأن الابق الثانى مسند الى الأول أثبت له عادة ( قلنا ) يجب أن يخرج على أن العيب الحادث اذا استند الى سبب قديم هل يكون من ضمان البائع ؟ أو من ضمان المشتري ؟ ( فان قلنا ) بالثانى يمتنع الرد هنا ، ويرجع بأرثس الأول ، وقد فرض القاضى حسين ذلك فيما اذا كان الابق فى يد المشتري لا يزيد فى نقصان القيمة بأن كان قد تكرر ذلك منه فى يد البائع ، واشتهر به ، يعنى فلا يؤثر تكرر اباقه بعد ذلك ، وهذا يجوز حمل كلام من أطلق عليه ، ونفيه عدم ملاحظة كونه من آثار الابق السابق ، لأن ذلك لا يتحقق ( والأولى ) تبقىة كلام الأصحاب على اطلاقه ، ومستندهم اسناد الثانى الى الأول ، وقلنا : ما أسند الى سبب قديم فهو من ضمان البائع .

( فرع ) فى مذاهب العلماء فى هذه المسألة ، اذا اطلع بعد الابق ان كان أبقا قال مالك : يأخذ المشتري بالثمن ولا يصبره أن لا يجده ، وقال سفيان الثوري : لا يقضى على البائع حتى يموت أو يردده وهذا كقولنا<sup>(١)</sup> .

واستدل أصحابنا بأنه لا مطالبة له فى حالة الابق فان الابق متردد بين البقاء والتلف فان كان باقيا استحق الرد واسترجاع الثمن ، وان كان تالفا استحق أخذ الأرض ، وما جهل استحقاقه لم تصح المطالبة به .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان لم يعلم بالعيب حتى باعه لم يجز له المطالبة بالأرثس ، قال أبو اسحاق : العلة فيه أنه استترك الظلامة فغن كما

---

(١) بياض بالأصل فحرر ولعل السقط : « التلف من ضمان البائع » ، والله اعلم .

( المطيى )

غبن ، فزال عنه ضرر العيب ، وقال أكثر أصحابنا : العلة فيه أنه لم يئأس من الرد لأنه قد يرجع إليه فيرد عليه ) •

( الشرح ) إذا زال ملكه عن المبيع زوالا يمكن عوده • ثم علم بالعيب فلا خلاف أنه لا يرد في الحال • وأما الرجوع بالأرتس فان زال بعوض كالبيع كما مثل المصنف فقولان ( أشهرهما ) وهو الذي قطع به المصنف في هذا الكتاب وشيخه أبو الطيب وشيخ شيخه أبو حامد والماوردي والمحاملي وابن الصباغ والجرجاني والشاشي وابن أبي عصرون من العراقيين والقاضي حسين والفوراني والبغوي من الخراسانيين أنه ليس له المطالبة بالأرث ، وبه قال جمهور العلماء ، وهو الذي نص الشافعي عليه في المختصر ، فقال : ولو باعها أو بعضها ثم علم لم يكن له أن يرجع على البائع بشيء ، واختلف أصحابنا في علة هذا القول فقال أبو اسحاق وابن الحداد : لأنه استدرك الظلامة ، وروج كما روج عليه ، وتخلص منه ونسبه ابن الصباغ الى غيرهما أيضا •

وقال ابن أبي هريرة : لأنه ما أيس من الرد غربما يعود اليه • ويتمكن من رده وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبو الطيب والمحاملي ، وقال الرافعي : ورأيته منصوصا عليه في اختلاف العراقيين •

( قلت ) وهو كذلك في باب الاختلاف في العيب ، قال الشافعي : إذا اشترى الجارية أو الثوب فباع نصفها ثم ظهر منها على عيب لم يكن له أن يرد النصف ، ولا يرجع على البائع بشيء من نقص العيب ، يقال له : ردها أو احبس ، وانما يكون له أن يرجع بنقص العيب إذا ماتت أو اعتقت فصار لا ترد بحال أو حدث عنده بها عيب فصار ليس له أن يردها عليه بحال ، فأما إذا باعها أو باع بعضها فقد يمكن أن يردها فيلزم ذلك البائع لم يكن له أن يردها • ويرجع بنقص العيب كما لا يكون له أن يمسكها بيده ويرجع بنقص العيب انتهى : وسيأتى من نصح في البويطي ما يشهد لقول أبي اسحاق في المعنى الذي علل به ، واعترضوا على علة أبي اسحاق بأن غير البائع له لا يتخير بعيبه لغيره •

( القول الثانى ) وهو من ترجيح ابن سريج له الأرش ، وبه قال ابن الحسن وابن أبى ليلى ، وهو الأصح عند المالكية ، وهذا القول حكاه المصنف فى التنبيه فقال : وقيل يرجع ، وليس بشئ ، وهذه التضعيفة تقتضى أنه وجه ، فان عنده أن الأقوال المخرجة لا تنسب الى الشافعى ، وهذا مخرج خرج ابن سريج • والناقلون له قليل . منهم الامام كما سنحكيه عنه ، والغزالى<sup>(١)</sup> وحكى ابن داود أن صاحب التقريب حكاه عن أصحابنا . وقال الراعى : فى رواية البويطى ما يقتضيه : قال ابن الرقعة : وهو صحيح اذ فى مختصره اذا اشترى الرجل العبد فباع نصفه ثم أصاب عيبا فليس له أن يرجع بما نقص العيب ، الا أن يرده جميعا وقد قيل : يخير البائع فاذا أراد أن يأخذ النصف الذى فى يديه فيكون شريكا له به للمشتري ممن اشترى منه فذاك ، والا رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى انتهى •

( قلت ) وقد رأيت النص المذكور فى مختصر البويطى فى باب المتاع يشترى فيوجد به العيب ، ورأيت فيه أيضا قبل ذلك فى باب القراض ، واذا اشترى الرجل سلعة وقبضها فاشرك فيها رجلا فان أصاب بها عيبا فأراد أحدهما الرد ولم يرد الآخر لم يجب ذلك على البائع لأنه باع عبده مجموعا ، فليس له أن يبعضه عليه . ويكون للشريك الرد على الذى أشركه ، فاذا رد عليه فله أن يرده ، وان أبى الشريك أن يرده فله أن يرجع على البائع بنصف قيمة العيب • وقيل : لا يرجع بشئ انتهى •

وهذا النص يقتضى أنه لا يرجع عند بيع الجميع ، لأنه حكم عند امتناع الشريك من الرد بنصف الأرش بأنه لا يرجع بشئ على القول الآخر ، فلو كان عند بيع الجميع ثبت له الأرش كاملا ، لكان ههنا أولى ، فلما لم يحكم الا بمقدار ما بقى فى يده دل على أنه لا أرش للخارج عن يده • وهذا النص ذكره ابن سريج مع نصه الذى فى مختصر المزنى لاختلافهما فيما اذا باع بعض العين ، وتحصلنا

(المطيمى)

(١) بياض بالأصل محرر •

للساغى فيما اذا باع نصف العين على قولين ( أحدهما ) أنه يطالب  
بنصف الأرض ( والثاني ) لا يطالب بشيء .

وأما النص الآخر الذى تقدم عن البويطى ففيه قولان أيضا  
( أحدهما ) أنه لا يرجع بشيء كالقول الذى هنا ( والثاني ) فيه احتمال ،  
وهو قوله : رجع عليه بقيمة العيب ، وهو أحب الى ، يحتمل أن  
يريد بقيمة العيب فى النصف الباقي فى يده ، فيكون موافقا للنص  
الآخر الذى فى البويطى ، وحينئذ لا يدل على أنه اذا باع الجميع  
يرجع بالأرض ، بل يدل على أنه لا يرجع . ويؤيد هذا أنه اذا قال :  
اذا أراد البائع أن يأخذه ويكون شريكا للمشتري فذاك . وظاهر ذلك أنه  
يأخذه بنصف الثمن وأنه لا يعطى أرضا عن النصف المبيع ، فهذان  
الأمران يدلان على تأويل نصه فى البويطى على هذا ، جمعا بين  
الكلامين ، فلا يكون فيه ما يقتضى القول الذى خرجه ابن سريج  
كما للرافعى وابن الرغفة . بل يكون فيه النص الآخر شاهدا على أحد  
القولين المذكورين فيه لما قاله أبو اسحاق من التعليل باستدراك  
الظلامة ، ولهذا أوجب أرض النصف فقط .

ولو كان اليأس هو العلة لما وجب شيء لامكان الرد ، أو لوجب  
الجميع ان كان هذا الامكان غير معين لبعده ، على أن النص الذى  
فى البويطى فى باب المتاع يسيرا فيؤخذ به العيب هو منقول من اختلاف  
العراقيين ، والموجود فيه فى الأم من قول الشافعى وأبى حنيفة أنه  
لا يرجع بشيء ، ومن قول ابن أبى ليلى : أنه يرد بما يده على البائع  
بقدر ثمنه ، فان كان قوله فى البويطى : وقيل يجبر البائع . المراد  
به قول ابن أبى ليلى ، فلم يبق فى النص متمسك للتخريج ولا لإثباته  
قولا للشافعى ، ولا أعلم من عادة البويطى فعل مثل ذلك فى النقل  
عن العلماء الذين ينقل عنهم الشافعى ، أو أنه لابد من أن يصرح  
بأسمائهم ، وبالجمله فقد تقدم تأويله وثبوت الخلاف فى النصف ،  
تحقق بالنص الثانى مع ما فى مختصر المزنى .

أما فى الكل فالمنصوص عليه أنه لا يرجع بالأرض ، وفيه الوجه  
المنقول عن ابن سريج وعن حكاية صاحب التقريب . ولا أدري بماذا

خرجه ابن سريج • وقد رأيت في البويطى ما يمكن أن يكون سنداً للرافعى قبل باب الشركة • قال من كلام الشافعى : وان اشترى سلعة وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر لم يرد عليه أبداً ويرجع بقيمة العيب من قبل أنه لا يقدر أن يرد مثل ما أخذ أبداً لما حدث عنده ، فان اشترى [ سلعة ] وبها عيب ثم حدث عنده عيب آخر . ثم صح العيب الذى حدث عنده فله أن يرده • وقال أبو يعقوب وهو البويطى — ان باعه فذلك يقتضى أن البيع كحدث عيب ، فياخذ الأرض ، وهذا ظاهره وهو يقتضى الوجه الذى خرجه ابن سريج ، كما قال الرافعى •

لكن هل ذلك من كلام البويطى نفسه أو عن الشافعى ؟ فيه نظر • والظاهر الأول والامام حكاة عن حكاية صاحب التقريب قولاً ، لكن فيما اذا رضى المشتري الثانى بالعيب وقال ان القياس الرجوع ، واقتضى كلامه أننا اذا قلنا بعدم الرجوع اذا رضى المشتري الثانى فقبل اطلاعه ورضاه أولى ، وان قلنا بالرجوع اذا رضى فقبل اطلاعه وجهان ، كما اذا زال بالهبة ، وأولى بعدم الرجوع لأن رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول ممكن ظاهر الامكان ، يطرد على نظم المعاملة ، واذا كان الرد أمكن كان الرجوع بالأرض أبعد ، والقياس عند الامام فيما اذا زال بالهبة أنه يرجع بالأرض ، ونسبه الى مذهب طوائف من المحققين وبما ذكرناه ظهر لك أنه ينبغى أن يقال فى المسألة طريقتان :

( أحدهما ) القطع بعدم الرجوع بالأرض كما هو مقتضى النص وقول الأكثرين ( والثانية ) حكاية الخلاف ، ثم هو على الترتيب المتقدم ، وقد قال الغزالى : انه اذا اطلع على العيب بعد أخذ الشفيع فلا رد ولا أرض ، لأنه روج على غيره • وذلك يقتضى أن نقول بمثله فى البيع ، كما قال الأكثرون والنص ، ولكنه هنا خالف وقال : ان الأصح وجوبه ، وما قاله فى الشفعة أولى لموافقته للأكثرين •

( فائدة ) قال الغزالى والامام قبله : ان الخلاف المذكور فى الرجوع بالأرض يقرب من القولين فى أن شهود الزور اذا شهدوا على انسان بمال ورجعوا بعد الحكم هل يغرمون ؟ على قولين ولا خلاف ، لكنهم يغرمون فى العتق والطلاق لأنه لا مستدرك لهما ، والحيلولة فى

المال ممكنة الزوال بأن يعترف المشهود له يعنى وامتناع الرد هنا ممكن الزوال بعود الملك ، فيكون كالشهادة في الأول ، والامام خرج بالبناء عليه ، والصحيح أن الشهود يغرمون ، ومقتضى ذلك أن الأصح وجوب الأرض كما صححه الغزالي هنا • وقال الامام في الصورة المتقدمة انه القياس ، لكن الأكثرون والنص وتصحيح الغزالي في الشفعة على خلافه •

(فرع) على تخريج ابن سريج : اذا أخذ الأرض ثم رد عليه مشترية بالعيب فهل يرده مع الأرض ويسترد الثمن ؟ فيه وجهان •

(فائدة) اذا عرفت ذلك فقول المصنف لم يجز له المطالبة بالأرض يشمل ما اذا اطلع المشتري الثاني على العيب ورضى به ، وما اذا لم يطلع وهو الأظهر في الصورتين ، الموافق لمقتضى النص ، وفي كل منهما الخلاف ، لكن بالترتيب على ما اقتضاه كلام الامام غفى الثانية أبعد لقرب الامكان •

وينبغي أن يقال في الترتيب هكذا : انا ان علنا باستدراك الظلامة فلا يرجع بالأرض بعد بيعه الا بأن يرد عليه ، وان علنا باليأس واليأس الحقيقي لم يحصل في الصورتين ، لكن حالة رضا المشتري الثاني قربية من اليأس ، ليعود العود مع أنه ان عاد يعود بملك جديد ، فحجرى فيها الخلاف ، وقيل الاطلاع ليس العود بعيدا ، ويتوقع على قرب أن يعود بالرد بالملك الأول فكان الخلاف فيها أقوى ، والقياس في حالة رضا الثاني أو يرجع الأول بالأرض ، لأنه لا يلزم من تبرع الثاني سقوط حق الأول •

ومقتضى النص وقول الأكثرين عدم الرجوع في الصورتين ، وانا لا نقول بسقوط حق الأول ، ولكن يترقب عوده أنه غيرده أو هواته بالكلية فيأخذ الأرض • وقال الماوردي : انه اذا رضى !!ثاني بالعيب استقر سقوط الأرض والرد ، وهذا الذي قاله انما يتجه على قول أبى اسحاق أو يؤول على أنه يستقر سقوطه ما دام زائلا عنه • وقد خرج من كلام المصنف ما اذا باعه بعد العلم بالعيب فانه يبطل حقه ،

لأن ذلك رضا بالعيب • وأخبر كلام المصنف أن غرض المسألة ما دام المبيع زائلا عن ملك المشتري ، وهو باق في ملك المشتري بحالة يمكن عوده ، فلو فقد شيء من هذه الأمور ، فسيأتى في كلام المصنف أن شاء الله تعالى •

وفهم من كلامه أيضا أن إطلاعه على العيب وسكوته عليه وهو في ملك المشتري الثاني لا يبطل حقه ، حتى لو كان باعه بشرط الخيار وعلم العيب في زمان الخيار فلم يفسخ حتى يفسخ المشتري أو رده بالعيب له رده على الأول ، وبترك الفسخ لا يبطل حقه من الرد قاله صاحب التهذيب ( قلت ) وفيه نظر إذا كان في زمان الخيار للبائع أو لهما ، فإنه متمكن من الرد ولا سيما إذا قلنا بأن الملك له •

( فرع ) اشترى ثوبا فقطعه أو صبغه ثم باعه ثم علم بعيبه ، فلا يرجع بأرش العيب ، لأنه استدرك الظلامة ولم يئأس من الرد ، لأنه ان قبله البائع مع القطع أو الصبغ أعطاه قيمته • قاله القاضى أبو الطيب وغيره عن ابن سريج •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فإن رد المشتري الثانى بالعيب على المشتري الأول رده على البائع لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة ) •

( الشرح ) هذا لا خلاف فيه ، وهو معلل عند الأكثرين بالمعنى الأول • وعند أبى اسحاق بالثانى ، واتفق الأصحاب أنه لا يلتفت الى زوال الملك وعوده ههنا وسببه أن الرد ينتزح الجهة المتجددة ويرد الملك الذى كان ثابتا قبلها ، فليس ملكا جديدا وسبب الاختلاف في الرد بعد زوال الملك وعوده في الصورة التى سنذكرها عن يقول بالمأخذ المذكور أنه يعتقد العائد ملكا جديدا ، وليس الرد كذلك • وعن أبى حنيفة أنه ان رده بقضاء القاضى ارتفع العقد من أصله ، وللمشتري الرد على الأول ، وان لم يرد بالتراضى ارتفع في الحال ، فلم يكن له الرد • قال الفورانى : وعندنا كيفما كان يرتفع العقد من أصله •

( قلت ) وهذه العبارة بظاهرها منكرا على الصحيح من المذهب ، ولكن بطريق الجواب أن يقال ( وان قلنا ) بأن العقد يرتفع من حينه فالحائد هو الملك الأول المستفاد من ذلك الشراء ، لأن الشراء الثانى انتقض . والرد مفسوخ لا سبب جديد لملك آخر .

وقد خالفنا أبو حنيفة وقال : اذا رده المشتري الثانى بالعيب لا يرده الأول بعد القبض ، الا أن يرد بحكم الحاكم ، وذلك على ما تقدم من أصله ، وهو يجعل الرد بدون الحكم كالاتالة .

( فرع ) ليس للمشتري الثانى رده على البائع الأول ، لأنه ما تلقى الملك عنه ، هكذا أطلق البغوى والرافعى وهو الصحيح . وفيه وجه آخر أنه اذا غاب البائع الثانى أو مات وكان الثمن من جنس الثمن الأول أن له الرد على البائع الأول ، لأن مال الغائب راجع اليه ، ولو كان حاضرا ورد عليه فالظاهر من حاله أنه يرد عليه أيضا . حكاه صاحب التتمة وقال صحيح .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان حدث عند الثانى عيب فرجع على الأول بالأرث رجوع هو على بائعه لأنه آيس من الرد ولم يستدرك الظلامة ) .

( الشرح ) جماعة من الأصحاب أطلقوا هكذا كما أطلقه المصنف أنه اذا رجع المشتري الثانى على الأول بالأرث رجوع الأول على بائعه لأنه آيس من الرد ، أى بحدوث العيب ، وبأنه لم يستدرك الظلامة لأخذ الأرث منه ، وممن جزم بذلك كما جزم المصنف الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب والمحاملى . وقال ان ذلك على التعليلين معا ، وأما الرافعى رحمه الله فإنه قال على القول المشهور المخالف لتخريج ابن سريج : انه اذا حدث عيب فى يد المشتري الثانى ثم ظهر عيب قديم ينظر ان قبله المشتري الأول مع العيب الحادث خير بائعه فان قبله فذاك ، والا أخذ الأرث منه .

وعن أبى الحسين — وهو ابن القطان — أنه لا يأخذه ، واسترداده رضا بالعيب .

وان لم يقبله وغرم الأرش للثاني غنى رجوعه بالأرش على بائعه وجهان ( أحدهما ) لا يرجع به ، قال ابن الحداد : وهو الذى قاله الفورانى والماسوردى ، لأنه لو قبله وما قبله منه بائعه فكان متبرعا بغرامة الأرش ( وأظهرهما ) يرجع لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر قال الشيخ أبو على : ويمكن بناء الوجهين على ما سبق من المعنيين ان علنا بعة أبى اسحاق واذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع ، وان علنا بعة الأكثرين وابن أبى هريرة فلا يرجع ، لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود اليه •

قال الشيخ أبو على : وعلى الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني ، فإنه ربما لا يطالبه بشئ فيبقى مستدركا للظلامة ، وهذا ما ذكر الراعى رحمه الله . وأصل الترتيب فى تعليقة القاضى حسين والتهذيب وقطع القاضى بموافقة ابن الحداد فى عدم الرجوع ، والبقية من زيادات الراعى رضى الله عنه ، وأورد ابن الرغفة على بناء الشيخ أبى على أنه لو كان كذلك لقال ابن الحداد بالثاني وهو قد قال بالأول فامتنع التخريج •

قال الراعى : انه على قول ابن سريج الذى خرج للمشتري الأول أخذ الأرش من بائعه ، كما لو لم يكن يحدث عيب ، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثانى • انتهى •

( وأقول ) بعون الله تعالى : ما ذكره الراعى والبغوى من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما فى أن الواجب عند حدوث العيب عرض الرأى على البائع ، فان قبله والا انتقل الى الأرش فالحق لا يثبت للمشتري فى الأرش حتى يستنع البائع من قبوله ، فلا جرم سلك هذا الترتيب هنا وحسن جريان الخلاف اذا لم يقبله وقول ابن الحداد بعدم الرجوع وتعليله بأنه متبرع بغرامة الأرش ، ولا ينافى هذا قوله بأن العلة عدم استدراك الظلامة لأنه اذا جعله بغرامة الأرش متبرعا كما صرح به الراعى عنه ، فاستدراك الظلامة باق لا يرتفع بتبرعه •

وأما انقول بالرجوع المقابل لقول ابن الحداد فى جعله متبرعا وان

وافقه في أصل العلة ، وأما على القول بأن العلة في الرجوع اليأس — فان كان المراد اليأس من الرد على سبيل الالتزام — فان اليأس هنا غير موجود ، لما قاله الشيخ أبو علي من امكان ارتفاع الحادث ، وعوده اليه ، فيمكن من رده بالالتزام حينئذ وربما يعود اليه مع العيب الحادث ورضا البائع بقبوله ، فيتمكن المشتري من الرد على سبيل المراضاة ، وهو الذي وجب له ابتداء على رأى الراعى ، فامكان الزام الرد موجود ان كان هذا الامكان معتبرا لاحتمال ارتفاع الحادث وعوده ، وامكان الرد بالتراضي موجود باحتمال عوده ، فلم جمل الراعى هنا الاصح أنه يرجع بالأرث ؟ وسكت عن قول الشيخ أبي علي ، ثم قوله عن الشيخ أبي علي : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم للثاني هذا انما يظهر على التعليل باستدراك الظلامة .

أما اذا عللنا باليأس فليس لقربته للثاني أثر ، فان امكان الرد بالتراضي لا ينقطع بها وامكان الرد بالالتزام مع العيب الحادث ليس ممكنا قبلها ، وعلى تقدير ارتفاع العيب الحادث يمكن قبلها وبعدها فلا معنى اتنييد ذلك على اعتبار اليأس بالقربة بل ينبغي ان كان له الرجوع رجع مطلقا ، وان لم يكن له الرجوع لم يرجع مطلقا وقد صحح أنه له الرجوع فليرجع ، وان لم يغرم على اعتبار اليأس وكلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب في تعليلهما يقتضى باطلاقة أنه اذا حصل به نقص عند الثاني فلالول الرجوع بالأرث على اعتبار اليأس وهذا مما يدل على أن الوجهين المذكورين عن ابن الحداد وغيره مفرعان على قولنا : ان العلة استدراك الظلامة وعلى ذلك يصح قول الشيخ أبي علي : انه على الوجهين لا يرجع ما لم يغرم ، أى على هذين الوجهين المفرعين على الوجه الضعيف ، لكن الذي ذكره أولا من البناء مشكل .

وظاهر كلام الشيخ أبي علي أن الصحيح عنده امتناع الرجوع ان كان يوافق الأكثرين على التعليل باليأس ، وهو مخالف لما قاله المصنف وغيره من العراقيين والذي قالوه هو الصحيح بناء على ما قدمته عن الأصحاب أن الواجب عند حدوث العيب هو الأرث ابتداء ، فانه يقتضى وجوب الأرث هنا مطلقا غرم أو لم يغرم ، وأما على ما تقدم

عن الراهقى وصاحب التهذيب أن الواجب الرد إلا أن يمتنع البائع  
فينتقل الى الأرض فيظهر أنه لا يرجع مطلقا ، غرم أو لم يغرم حتى  
يحصل اليأس •

واعلم أن تعليل المصنف والأصحاب الذين ذكرتهم موافقين له في  
هذه المسألة باليأس يبين لنا أن المراد اليأس عن الرد على سبيل الالتزام ،  
وأن توقع زوال العيب الحادث غير معتبر •

( فرع ) هذا الذى ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا ، أما لو تلف  
بعد حدوث العيب أو دونه فآخذ الثانى الأرض من الأول رجع الأول على  
بائعه بلا خلاف •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن تلف في يد الثانى وقلنا بتعليل أبى اسحاق لم  
يرجع لأنه استدرك الظلامة وإن قلنا بتعليل غيره رجع بالأرض  
لأنه قد أيس من الرد ) •

( الشرح ) إذا تلف في يد المشتري الثانى أو كان عبدا فاعته ،  
أو أمة فاستولدها ، أو وقف المبيع ، فقد حصل اليأس من الرد ،  
فيرجع على الأصح ، وعلى تعليل أبى اسحاق لا يرجع ، لأنه بالبيع  
استدراك الظلامة ، والتخريج على المعنيين المذكورين واضح ، وممن  
صرح بالمسألة كذلك الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وصورة  
المسألة إذا تلف في يد الثانى من غير حدوث عيب ، أو مع حدوثه ،  
ولكن لم يغرم المشتري الأول الأرض للمشتري الثانى ، أما لأنه أبرأه  
من الأرض ، أو لم يبرئه ، ولكن لم يغرم بعد ، وقد صرح الراهقى  
بالمسألتين الأخيرتين وقال : ان علنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم  
يغرم ، وإن علنا باليأس يرجع ، أما إذا غرم الأرض للمشتري الثانى  
فإن المشتري الأول يرجع بالأرض على بائعه بلا خلاف لوجود اليأس  
وعدم استدراك الظلامة • صرح به القاضى حسين والراهقى •

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان رجع المبيع اليه بببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعطيل أبى اسحاق لأنه استدرك الظلّامة ، وعلى تعطيل غيره يرد لأنه أمكنه الرد ) •

( الشرح ) طريقة العراقيين والجمهور البناء في هذه المسائل وأخواتها على المعنيين المذكورين كما بناء المصنف ، ومن جملة أمثلة ذلك أن يرجع اليه بالاقالة أو الوصية ، ويقتضى البناء المذكور أن الأصح أن له أن يرد ، وهو كذلك ، ولأجل ذلك جزم به في التنبيه ، ويزداد في حالة رجوعه بالمبيع نظر آخر وهو أنه ان لم يكن علم بالعيب قبل شرائه ثم علم به بعد الشراء الثاني فله الرد قطعاً ولكن الخلاف فيمن يرد عليه ، فعلى قول أبى اسحاق لا يرد على الأول ، بل على الثاني فقط ، وعلى الأصح له الرد عليهما ، ان شاء رد على الأول ، وان شاء رد على الثاني، وإذا رد على الثاني فله رده عليه ، وحينئذ يرده هو على الأول •

وقيل : لا يرده على الثاني لأن فيه تطويلاً ، بل يرد على الأول ، كذا حكاه وقيل لا يرد على الأول بل يرد على الثاني لأنه الأقرب ، والرد عليه ممكن بخلاف ما اذا رجع بالهبة ونحوها ، حكاه الامام ، وان كان المشتري الأول حين الشراء من الثاني عالماً بالعيب لم يكن له أن يرد على الثاني، ورده على الأول يبنى على المعنيين ، والصحيح الرد •

وقال القاضى حسين : ليس له الرد ، لأنه باقداًمه على الشراء مع العلم بالعيب صار راضياً به ، وقد تقدم عنه ما يشبه ذلك ، والذي قاله هو القفال على ما نقله الرويانى • وقال : انه الصحيح وان سائر الأصحاب لم يفصلوا هذا التفصيل •

وأما الاقالة فقول القاضى أبو الطيب وابن الصباغ : انها تقبل الفسخ • واختار الرويانى والرافعى بناءها على أنها بيع أو فسخ ( فان قلنا ) انها بيع أو قلنا بما اختاره القاضى أبو الطيب من جواز

ففسخها احتمال أن يأتي فيها على الأوجه الثلاثة ( وإن قلنا ) ففسخ ولا يقبل  
الفسخ لم يتجه ذلك فيه •

وأما بقية طرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه ،  
بل تتخرج على المعنيين فقط ولا أظن يأتي فيها قول الناقض في حالة  
العلم أيضا لعدم العوض وقد سلك الامام والغزالي في بناء المسائل  
المذكورة غير الذي سلكه المصنف والجمهور فجعلنا مأخذ الخلاف في  
ذلك أن الزائل العائد بجهة أخرى هل هو كالذي لم يزل أو كالذي لم  
يعد ؟ وفيه جوابان مأخوذان كما يدل عليه كلام الشيخ أبي محمد  
في السلسلة في باب التفليس من قولين منصوصين للشافعي إذا قال  
لعبده : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، ثم باعه ، ثم اشتراه ، ثم  
جاء رأس الشهر ففى العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضا فيما  
إذا علق طلاق زوجته بصفة ، ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت  
الصفة ، وهذا أصل تخرج عليه مسائل •

( منها ) لو أفلس بالثمن وزال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع  
الفسخ ؟ ( ومنها ) لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد للأب الرجوع  
( ومنها ) إذا زال ملك المرأة عن الصداق ، ثم عاد إليها وطلقها زوجها  
قبل الدخول ؟ •

( ومنها ) في هذا الباب إذا زال الثمن عن ملك البائع وعاد ، ثم  
رد المشتري المبيع بعيب ، فهل يتعين لحق المشتري ؟ فيه طريقتان  
( أحدهما ) تخريجه على الخلاف ( والثانية ) القطع بأنه كالذي لم يزل ،  
لأنه ليس مقصودا بالرد ، والصحيح من ذلك كله في هذه المسائل  
أنه كالذي لم يزل إلا الهبة ، فالصحيح فيها أنه كالذي لم يعد •

( واعلم ) أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها ،  
وطريقة الامام المذكورة يحتاج فيها الى الفرق بين هذه الأبواب ،  
ثم المسائل المذكورة أعنى في عود المبيع بالمبيع والهبة والارث والاقالة  
ليست على وتيرة واحدة ، فان الهبة والمبيع ملك جديد قطعا ، والارث  
— وان كان جديدا — لكنه اذا جعلنا الوارث يعني على حول الموروث كان

ذلك هو الملك الأول ، والاقالة نسخ ، فالحائد بها هو الملك الأول ، وكان ينبغي أن لا يجرى الخلاف فيها كما لو رجع بالرد بالعيب .

وقد اعتذر بعضهم عن هذا بأنها وان كانت مسخا فهي تشبهه بالتبعية لأجل التراضي . ولهذا يرد على طريقة القاضي أبي الطيب وهو اعتذار حسن ان سلم به ما قاله القاضي أبو الطيب ، وقد تقدم أن الروياني اختار خلافه ، وبنها على أنها مسخ أو بيع ، وطريقة المصنف والجمهور سائلة عن الاعتراض أو تكون المسائل كلها في درجة واحدة لا ترتيب فيها .

نعم الاقالة لابد من الاعتذار المذكور فيها ليفرق بينها وبين الرد بالعيب عند الجميع ، ثم ان القاعدة المذكورة التي بنى الامام عليها لم يلاحظوها في كل مكان ، ألا ترى أنه لو باع النصاب في أثناء الحول ، ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحد بأنه كالذي لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول وغير ذلك من المسائل فما الضابط في جريان الخلاف المذكور ؟ وما الداعي الى أن يجعله كالذي لم يزل ؟ أو كالذي لم يعد ؟ ونحن نقطع بأنه زال وعاد ، فلا جرم كانت طريقة الجمهور أقوم وأدخل في المعنى ، ويحتمل أن يكون البناء الذي ذكره الامام مختصا بالتفريق على اعتبار اليأس ، أي ان قلنا العلة استدراك الظلامة لم يرد ، وان قلنا العلة اليأس تبني على الزائل العائد ، وعلى الجملة الصحيح جواز الرد ، وخالف الغزالي في الخلاصة فجعل الصحيح المنع .

( فرع ) اعلم بأننا اذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الغزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول طريق يتوقع بها العود والرد ، الا أن يرد المشتري الثاني فان فرض اطلاعه على ذلك العيب ورضاه انسد طريق الرد ، وحينئذ يتعين وجوب الأرض عند القائلين باعتبار اليأس كما قال الغزالي ، لكنه عمم مع رضا الثاني ودونه . وكلا الأمرين ضعيف ، لأننا نمنع أن الزائل العائد كالذي لم يعد . وأما الماوردي رحمه الله فانه قال : اذا رضى البائع بالعيب يستقر سقوط الأرض والرد ، وهذا انما يستقيم على قول أبي اسحاق ، أما على الصحيح فلا يستقيم سقوط الرد ، وعلى رأى الامام والغزالي

لا يستقيم سقوط الأرض ، وقد ذكرت ذلك عن الماوردي فيما مضى  
وذكرت له تأويلا •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره ، فان كان بعوض  
فهو كالبيع وقد بيناه ) •

( الشرح ) هذا بين لا اشكال فيه ، ألا أن الهبة بعوض بيع ،  
وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها • وقول المصنف :  
وهبه من غيره • قال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : وأما قول  
الغزالي وغيره في كتب الفقه : وهبت من فلان كذا فهو مما ينكر على  
الفقهاء لادخالهم لفظة من ، وإنما الجيد : وهبت زيدا مالا ، وهبت  
له مالا • قال : وجوابه أن ادخال ( من ) هنا صحيح ، وهي زيادة ،  
وزيادتها في الواجب جائزة عند الكوفيين من النحويين ، وعند الأخفش  
من البصريين ، وقد روينا أحاديث منها وهبت منه كذا •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرض لأنه لم يئاس من  
الرد ) •

( الشرح ) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ، أما  
إذا عللنا باستدراك الظلامة فيرجع بالأرض لأنه لم يستدرك ، ومنهم  
من حكى القطع هنا بعدم الرجوع إذا أريد أن العلة هي اليأس لاستدراك  
الظلامة ، وهذه الطريقة هي التي يشعر بها إيراد المصنف ، وبين ذلك  
أن القاضي أبا الطيب جزم بعدم الرجوع ، وعلة بعدم اليأس كما  
فعل المصنف • ثم قال : والتعليل الذي ذكره أبو اسحاق وهو استدراك  
الظلامة غير موجود هنا ، وإذا كان كذلك دل على أن هذا التعليل هو  
الصحيح دون ما قاله أبو اسحاق • وكذلك الشيخ أبو حامد قال قوم (١)  
من هذا الكلام • والرويانى صرح في البحر بأن أبا اسحاق وافقنا على

(١) بكر الواو مع التشديد •

عدم الأرض هنا ، واستدل بذلك على بطلان علقته ، لكن المحاملي صرح بأنه على تحليل أبي اسحاق له الأرض لأنه لم يستدرك الظلامة ، والماوردي أيضا صرح بالوجهين على مقتضى التعليين • وحكى الروياني ذلك عن بعض الأصحاب •

وهذه الطريقة أقوم إلا أن يكون أبو اسحاق صرح<sup>(١)</sup> بالنقل عنه بذلك فيلزمه • وهاتان الطريقتان على القول المشهور أنه إذا باع لا يرجع بالأرض ، أما على ما خرجه ابن سريج من أنه يرجع فيرجع ههنا أيضا • كذلك صرح به الراعي •

( تنبيه ) الهبة قد يسمى فيها عوض ، ولا شك أن حكمها حكم البيع كما تقدم والهبة التي لا يسمى فيها عوض لنا في اقتضاءها الثواب قولان •

( فان قلنا ) لا تقتضى الثواب اتجه ما قاله المصنف ، والتفريع المذكور من الأصحاب ( وان قلنا ) تقتضى الثواب فهي بمنزلة البيع • كذلك قاله القاضي أبو الطيب والمحاملي والماوردي خرجوا ذلك على الخلاف المذكور ، ولم يقولوا كما قال المصنف : أما أن تكون بعوض أو لا • والشيخ أبو حامد فعل كما فعله المصنف ، فلك في كلام المصنف طريقان • أما أن تقول : انا اذا قلنا باقتضاء الهبة المطلقة الثواب صارت بعوض ، فدخلت في قوله الأول : أن الهبة بعوض ولم تدخل في قوله ههنا بغير عوض ، وأما أن تقول : ان قوله ههنا مفرع على المذهب في عدم اقتضاء الهبة الثواب •

( فرع ) قال صاحب التهذيب : قال بعض أصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع ، لأنه يمكنه أن يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ، قال : والصحيح أنه خارج عن ملكه ( قلت ) يعنى أن بعض أصحابنا أشار الى أنه لا يرجع بالأرض قولاً واحداً ولا يخرج على المعنيين ، والصحيح أنه يخرج عليهما فلا يرجع على الصحيح ، ويرجع على قول أبي اسحاق ، وسنزيد لك أن للقطع

(١) بفتح الصاد وضم الراء وفتح الحاء •

في هذه المسألة مأخذاً آخر ، ويصلح ذلك أن يكون جواباً لأبي اسحاق عن اعتراض الأصحاب عائد بهذه المسألة ، لكن في صورة واحدة .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف ، لأنه أمكنه الرد ولم يستدرك الظلامة ) .

( الشرح ) اذا وهبه بلا عوض ثم رجع اليه فالمصنف قد تبسّع القاضي أبا الطيب فيما قاله جميعه من التمثيل ، وبقي الخلاف والتعليل . والشيخ أبو حامد قال : ان رجع اليه بأن يكون قد وهبه لابنه ورجع فيه ، كان له الرد . والامام حكى فيما اذا عاد بالهبة أو بجهة لا رد فيها وجهين ( أحدهما ) له الرد لأنه يرد ما ملك كما ملك ( والثاني ) لا . لأن الرد نقص للملك المستفاد من جهة ، وهذان الوجهان مأخذهما ما تقدم عنه من البناء على الدليل العائد ، والعراقيون والجمهور لم يلاحظوه كما تقدم ، وأطلق الراغبي الوجهين فيما اذا عاد لا بعوض ، وبناهما على أنه هل يأخذ الأرض ؟ اذ لم يعد ( ان قلنا ) لا ، فله الرد ، لأن ذلك لتوقع العود ( وان قلنا ) يأخذ فينحصر الحق فيه ، أو يعود الى الرد عند القدرة . فيه وجهان ( قلت ) والقول بانحصار حقه فيه بعيد ، ومع بعده انما يمكن القول به اذا كان قد علم بالعيب ، أما اذا لم يعلم حتى عاد فيصير كما لو لم يعلم بالعيب الحادث حتى زال القديم ، وحكمه الرد الا على وجه شاذ ، وههنا أولى بأن لا يجرى ذلك الوجه .

وأما اذا عاد بعوض كالشراء قال الراغبي ( فان قلنا ) لا رد في الحالة الأولى فكذلك ههنا . ويرد على البائع الأخير ( وان قلنا ) يرد فههنا يرد على الأول والأخير أو يتخير ، فيه ثلاثة أوجه خارجة مما سبق ( قلت ) وهذا البناء والترتيب جيد ، والصحيح أن له الرد كما قال المصنف ، لكن مع حكاية الخلاف في المسائل الثلاث التي ذكرها . وفي معناها الوصية والاقالة كما تقدم .

وأما اذا عاد بالرجوع في هبة الوالد لولده غلم أرها مصرحاً بها

إذاً في كلام الشيخ أبي حامد : ويحتمل أن يقال : انه لا يجري اختلاف فيها ، لأن الرجوع في الهبة بقبض لها كالرد بالعيب : والعائد هو المالك ، فلا يتأتى تخريجه على الزائل العائد ، كما لم يخرج عليه عند رجوعه بالرد بالعيب ، ويكون ههنا له الرد قولاً واحداً .

ويحتمل أن يجري فيها الخلاف أيضاً كما يقتضيه إطلاق الامام والرافعي أخذاً مما ذكره الرافعي من انحصار حقه فيه . وقد تقدم التنبيه على ضعفه ، وقد اشتباه على بعضهم كلام المصنف هنا فظن أن الرجوع بعد البيع . واعترض عليه قولاً وتعليلاً ، ولا حاجة إلى نقل كلامه ، وإنما ذكرته لئلا يشتباه على غيره ، كما اشتباه عليه ، والرجوع بعد البيع ذكره المصنف ههنا تقدم ، وقد تكمل شرح مسائل الكتاب ، وبقيت فروع نذكرها ان شاء الله تعالى .

( فرع ) باع زيد عمراً شيئاً ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد خان خاناً عالمين بالحال فلا رد ، وإن كان زيد عالماً فلا رد له ولا أرش . وأما عمرو فلا رد له أيضاً لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح المخالف لتخريج ابن سريج لاستدراك الظلامة ولتوقع العود ، فإن تلف في يد زيد أخذ الأرش على التعليل الثاني دون الأول . وشكذا الحكم لو باعه زيد لغيره ، وإن كان عمرو عالماً فلا رد له ولزيد الرد . وإن كانا جاهلين فلزيد الرد إن كان اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه . ثم لعمرو أن يرد عليه ، وإن اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين ، لأن عمراً يرد عليه ، فلا فائدة وله الرد في أحدهما ، لأنه ربما يرضى به فلا يرد .

فلو تلتفت في يد زيد ثم عثر به عيباً قديماً بحيث يرد لو بقي يرجع بالأرش ويث لا يرجع . وعلى هذين الوجهين لو اشترى شيئاً وباعه من غيره ثم اشتراه ثانياً واطلع على عيب قديم ولم يكن اطلع البائع الثاني عليه : فعلى أي البائعين يرد ؟ على الوجهين ( أحدهما ) على الأول لأنه لا فائدة في الرد على الثاني ورده ( والثاني ) على الثاني لأنه ربما يرضى به ، وربما يكون بين الثمنين تفاوت . قاله المتولي وغيره وعن أبي الطيب في شرح الفروع حكاية وجه أنه لا يرد

بالعيب أصلا ، لأنه لو رده لرده عليه ، ولا يكون له معنى • هكذا قاله صاحب العدة وفيه نظر • بل هذا تعليل من يقول : لا يرد على الثانى • وأما الرد على الأول فمأمون منه الرد • فليتأمل ذلك •

وفى المسألة الأولى لو حدث به عيب فى يد زيد فرجع بالأرشف على عمرو كان لعمرو أيضا أن يرجع بالأرشف عليه ، والفائدة فيه أنه قد يكون أحد الثمنين أكثر من الآخر فيستفيد فرق ما بين الثمنين : وفى باب الأرشف كذلك لأنه بحصته من الثمن يرجع • قاله الشيخ أبو حامد • ولو اشترى شيئا وباعه من غيره وغاب البائع الثانى أو مات ثم وجد المشتري الثانى عيبا كان فى يد البائع الأول • فإن كان الثمن لا من جنس الثمن الأول فليس له الرد • وكذا ان كان من جنسه على المذهب وفيه وجه قاله صاحب التتمة •

( فرع ) لو تلف فى يد الموهوب له فله المشتري الواهب الرجوع بالأرشف قولاً واحداً • قاله القاضى حسين •

( فرع ) هذه الأحكام المتقدمة فى كلام المصنف فيما اذا خرج المبيع كله عن ملك المشتري أما اذا خرج بعضه فقد تقدم أن الشافعى فى مختصر المزنى ساوى بينه وبين خروج الكل وأن فى مختصر البويطى قولين فى بيع نصف العين لواحد ( أحدهما ) يرجع بنصف الأرشف للباقي فى يده ( والثانى ) لا يرجع بشيء • ويجىء فيه القول الذى خرج به ابن سريج أنه يرجع بجميع الأرشف • والأول أصح عند صاحب التهذيب • وشبهه بحدوث العيب فى يده لا ينتظر زواله • وظاهر نصه فى المختصر وكلام كثير من الأصحاب يشهد للثانى • وهو الصحيح الذى صرح به كثيرون • وهو يقتضى التعليل باليأس •

وأما على التعليل باستدراك الظلامة فينبغى أن يرجع بأرشف النصف الباقي فى يده • وأما الوجه الثالث فضعيف فى الأصل • وهو هنا أضعف • وهذا كله على المشهور الذى قطع به الأكثرون أنه لا يرد النصف الذى فى يده • وقد تقدم عن الماوردى فى ذلك خلاف ضعيف ، فيتحصل فى هذا الفرع بذلك أربعة أوجه ( واذا قلنا ) يرد النصف على ما ذكره .

المساوردى يعود الخلاف فى النصف الخارج عن ملكه ، هل يأخذ أرشه على قول ابن سريج أو على المذهب ؟ ولو باع نصف ما اشتراه من البائع فكذاك ليس له الرد عليه ، وإذا كان نقصان الشركة يرتفع بالرد لأن وقت الرد يردده على الوجه الذى يملك به •

قال صاحب التتمة : وقال صاحب التهذيب انه الصحيح • ونظره صاحب التتمة بالجارية اذا زوجها من البائع وقد تقدم ذلك • وهل له أخذ الأرش للنصف الباقي ؟ على القولين فيما لو باع نصفه من غير بائعه ، ولو أن مشترى النصف أعتقه ثم ظهر عيب قديم رجع المشتري الأول على بائعه بأرش النصف الذى فى يده موسرا كان المعتق أو معسرا ، لأنه يقوم على المعتق عند الشراء به ناقصا والنصف الذى باعه ان رجع مشتريه عليه بأرشه ، رجع هو أيضا على بائعه والا فوجهان • قاله فى التهذيب ، يعنى على علة أبى اسحاق لا يرجع • وعلى المذهب يرجع ، ولو قاسم المشتري فمقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا اشترى اثنان عينا عن القاضى حسين •

والذى قاله صاحب التتمة هنا أنه ( ان قلنا ) القسمة افراز فله الرد ( وان قلنا ) بيع فلا ، قال : لأنه ان أراد الرد فسخ قسمه فيرد عليه غير ملكه ، وان أراد فسخ القسمة ثم يرد لم يجز ، لأنه تملك المعيب مع العلم بالعيب •

( قلت ) وهذا نظير قول القاضى حسين هناك ، والمفهوم من كلام الأصحاب أن ذلك غير مانع ، لأن له الرد اذا رجع اليه بعد العيب والهبة ، وان كان بطريقته هو راض بها ، وهو الأصح ، هذا اذا كانت العين واحدة باع بعضها ، فلو اشترى عينين فباع احدهما ووجد بها العيب أو بالباقية ، وقلنا لا يجوز افراد أحد العينين بالرد ، جزم جماعة منهم الشيخ أبو حامد بأنه ليس له الرد أيضا ولا أرش لعدم اليأس ، وينبغى على علة أبى اسحاق أن يرجع من الأرش بقدر ما يخص الباقي ، وهو مقتضى تفريع المساوردى ، فان تلفت العين فى يد المشتري الثانى ففى رد الباقي فى يده القولان فى نظيره اذا كان التلف فى يده ، وأن العيب بالذى باعه فقط لم يرجع بالأرش لاستدراك الظلامة وللتوقع •

( فرع ) لو لم يخرج المبيع عن الملك ، ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابه وغير ذلك فقد تقدم حكمه ، وجملة من مسائله فيما اذا حصل في المبيع نقص •

( فرع ) لو كان المبيع باقيا بحاله في يد المشتري وملكه والتمن تالف جاز الرد اذا اطلع على عيب في المبيع ، ويأخذ مثل الثمن ان كان مثليا ، وقيمه ان كان متقوما أقل ما كانت من يوم البيع الى يوم القبض ، لأنها ان كانت يوم العقد أقل غالزائد حدث في ملك البائع ، وان كانت يوم القبض أقل فالنقصان من ضمان المشتري • قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرض •

( قلت ) وصرح البغوي والرافعي هنا بأنه من يوم العقد الى يوم القبض ، كعبارة النووي في المنهاج هناك ، وقد تقدم التنبيه على أن عبارة غيره • بخلافها ، فاما أن تكونا سواء كما قال النووي • واما أن يفرق ، ويجوز الاستبدال عنه بالعرض ، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوها كالتلف ، ولو خرج وعاد فهل يتعين لأحد ؟ المشتري أو البائع ابداله ؟ •

قال الرافعي : غيه وجهان ( أصحهما ) أولهما وقال الامام : منهم من خرج استرداده على الوجهين ، يعنى في الزائل العائد ، ومنهم من قطع بأنه يسترد ، والغارق عند هذا القائل أن المسترد ليس مقصودا ، فلا يشترط فيه ما شرط في المردود والمقصود •

( قلت ) وهذا كله في الثمن المعين في العقد ، واذا كان باقيا أخذه باز خلاف واما اذا كان في الذمة ونقده ، غنى تعيينه لأخذ المشتري وجهان • لم يصحح الرافعي منهما شيئا • وذكر في الرجوع بالأرض في نظيرها ما يقتضى أن الأصح التمين ، وقد تعرضت له هناك • ولم يفرقوا ههنا بين أن يكون التمين في المجلس أو في غيره •

وقد يقال : ان المعين في المجلس أولى بالتعيين من المقبوض بعده ، لأن المعين في المجلس كالمعين في العقد على الأصح المذكور في السلم ،

وكيفما كان ، فالأصح النعین ، لأنه يرد المبيع غيرتفع ملك البائع عن الثمن ، فلا وجه لتجويز إبداله • هذا إذا كان الثمن نقداً أو موصوفاً فعليه • أما إذا أخذ عنه عوضاً كقوت ونحوه فسيأتى • ولو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن ، ثم رد المبيع بعيب ، فإن كان الإبراء بعد التفريق رجع بتمام الثمن •

قال الروياني : وفيه قول يرجع بما أدى كالزوجة إذا أبرأت من الصداق قبل الطلاق وإن كان الإبراء قبل التفريق لذلك لاحق بالمبيع على المذهب فلا يرجع إلا بما بقى ، ولو أبرأه من جميع الثمن جزم القاضي حسين بجواز الرد للتخلص عند حفظ المبيع ، وقياس من يقول : يرجع بتمام الثمن عند الإبراء عن البعض أن يقول : يرجع بالثمن هنا ولو وهب البائع المشتري الثمن فقيل : يمتنع الرد بالعيب ، وقيل : يرد ولا يطالب ببديل الثمن •

وإن كان الثمن باقياً في يد البائع لكن ناقصاً نظراً أن تلف بعضه أخذ الباقي وبديل التالف وإن رجع النقصان إلى الصفة كالشلل ونحوه لم يغرم الأرض في أصح الوجهين ، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجاناً • هكذا قال البغوي والراغبى وقد قدمت المسألة في فرع لهما إذا رد المبيع وهو ناقص ، والمنقول فيه عن ابن سريج أنه يتخير بين أخذه ناقصاً وقيمه ، وعن غيره الرجوع بالأرض وإطلاق الراغبى هنا ليس على ظاهره ، بل يجب تأويله على أنه لا يغرم الأرض ويتخير البائع كما يقول ابن سريج ، وقد نقل النووي هذا الفرع عن القفال والصيدلانى مع كلام الراغبى •

( فرع ) الثمن المعين إذا خرج معيباً يرد بالعيب كالمبيع ، وإن لم يكن معيناً وكان في عقد لا يشترط فيه التقابض في المجلس يستبدل ، ولا يفسخ العقد ، قال المتولى والراغبى : سواء أخرج معيباً بخشونة أو سواد ، أو ظهر أن سكتته مخالفة لسكة النقد الذى تناوله العقد ، أو خرج نحاساً أو رصاصاً •

( قلت ) : وهذا في غير المعين صحيح ، وأما المعين إذا خرج نحاساً

أو رصاحا وكان قد اشترى به على أنه دراهم فإنه يبطل العقد على الأصح كما تقدم في باب الربا وسيأتى أن شاء الله تعالى في كلام المصنف في الفصل الذى بعد هذا بفصل ، وقد تقدم في باب الربا جملة من أحكام العيب في عوض الصرف •

( فرع ) باع عبدا بألف وأخذ بالألف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده فعن القاضي أبى الطيب أنه يرجع بالثوب ، لأنه إنما ملكه بالثمن وإذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فينفسخ بيع الثوب به •

وقال الأكثرون منهم الماوردى : يرجع بالألف لأن الثوب مملوك بعقد آخر وفي المجرد من تعليق أبى حامد أن الشافعى قاله نصا • ولو ظهر العيب بالثوب رد ورجع بالألف لا بالعبد ، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع فعن ابن سريج أنه يرجع بالألف دون الثوب ، لأن الانفساخ بالتلف يقطع العقد ويرفعه من أصله ، وهو الأصح ، وفيه وجه آخر •

( فرع ) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع ، فعن ابن أبى هريرة قال : أعيتنى هذه المسألة ، الأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري ، وله الأرش على البائع من القدر المتفق عليه • قال أبو اسحاق : وحكى أبو محمد الفارسى عن أبى اسحاق أن القول قول البائع لأنه الغارم ، كما لو اختلفا في الثمن بعد الاقالة قال الراعى : وهذا هو الصحيح •

( فرع ) لو احتيج الى الرجوع بالأرش فاختلفا في الثمن ، فعن رواية القاضي ابن كج فيه قولان • الأظهر أن القول قول البائع ، قاله الراعى •

( فرع ) من زيادات النوى في الروضة اشترى سلعة بألف في الذمة فقتضاه عنه أجنبى متبرعا فرد السلعة بعيب لزم البائع رد الألف وعلى من يرد ؟ وجهان ( أحدهما ) على الأجنبى لأنه الداغ ( والثانى ) على

المشتري لأنه تقدر دخوله في ملكه ، فإذا رجع المبيع رد إليه ما قبله .  
وبهذا الوجه قطع صاحب المعاينة ذكره في باب الرهن .

( قلت ) وذكر الروياني في البحر الوجهين ( وقال ) ان الأصح الثاني . قال : ولو خرجت السلعة مستحقه رد الالف على الأجنبي قطعاً لأنه تعين أن لا تمن ولا بيع الا اذا لم يعنم بالعيب حتى وجبت فيه الزكاة ، فعن ابن الحداد له الرد : وعن أبي علي لا ، لنقصانه بالشركة على قول أو الرهن على قول ، وأما بعد اخراج الزكاة فان أخرجها من غيره وقلنا : التعليق بالذمة ، فله الرد . وان قلنا بالشركة ، فقليل : كالرجوع بعد البيع ، وقيل : بالرد قطعاً ، لعدم استدراك الظلامة واذا خرج من الحال ولم نجوز تفريق الصفقة امتنع الرد ووجب الأرش عند من يعتبر اليأس وهو الأصح ، وان جوزنا التفريق رد بقسطه ، وقيل : يرد الباقي بقيمة التالف ، ولو اشترى عبيدين في صفقتين أحدهما بعشرة ، والاخر بخمسة ثم رد أحدهما بعيب ثم اختلفا . فقال المشتري : رددت الذي بعشرة فالقول قول البائع لأن الأصل براءة الذمة ، ولو اشترى ثوباً من رجل ثم ثوباً من آخر ووجد بأحدهما عيباً ولم يدر أن المعيب من أيهما اشتراه ، فلا رد له على واحد منهما ، قالهما القاضي حسين في الفتاوى .

( فسرع ) اتفق الشافعي وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقياً أنه يأخذه ، واذا كان تالفاً أخذ قيمة الثمن على ما تقدم ، لا فرق بين الحيوان والعروض وغيرهما .

وقال ابن أبي ليلى : اذا اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيباً فردّها ، فان ما له قيمة الجارية ، ولا يأخذ العبد ، وكذلك نقلوه عنه في الجارية بالجارية ولا أدرى أيطرد في بقية الحيوان والعروض أم لا ؟

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( والعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيباً ، فان خفى منه شيء رجع فيه الى أهل الخبرة بذلك الجنس ) .

(الشرح) لما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه ، فعمد هذا الفصل لذلك وبيان ما هو عيب وما ليس بعيب ، ولما كانت الأمثلة لا تنحصر قدم عليها الضابط فيها ، وما ذكره من الضابط سديد ، فان المدرك في ذلك العرف ، ولولا ذلك واقتضى العرف سلامة المبيع حتى جعل ذلك كالمشروط لما ثبت الرد ، فلذلك جعل ضابطه راجعا الى العرف ، فما عده الناس وأهل العرف عيبا كان عيبا ، وما لا فلا ، ولحن الاحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات الباس ، فلأجل ذلك ضبطه غير المصنف بضابط أبين ، وأحسن شيء فيه ما أشار له الامام رحمه الله ، ولخصه الراغبي أن يقال : ما ثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص القيمة أو العين نقصا ما ، يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون في امثال ذلك المبيع عدمه .

وأخصر من ذلك أن يقال : ما نقص القيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح ، ويغلب على أمثاله عدمه ، وبعضهم قال : ما نقص القيمة أو العين من الخلقة التامة . قال الراغبي : فانما اعتبرنا نقصان العين بمسألة الخصى ، يعنى فانه يرد به ، وان لم ينقص القيمة ، لكنه نقص العين ، وانما لم يكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح ، لأنه لو قطع من لخذة أو ساقه قطعة يسيرة لا تورث شيئا ولا يفوت غرض لا يثبت الرد قال : ولهذا قال صاحب التقريب : ان قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية ثبت الرد ، والا فلا ، وفيه احتراز أيضا عما اذا وجد العبد والجارية مختونين ، فانه فات جزء من أصل الخلقة لكن هواته مقصود دون بقائه فلا رد به اذا كان قد اندمل . وانما اشترط أن يكون الغالب على أمثاله عدمه . لأن البقاء به مثلا في الاماء ينقص القيمة لكن لا رد بها لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة اذا كانت الأمة كبيرة في سن لا يغلب فيه ذلك .

وأما الذي زاد من الخلقة التامة فاحترز عما اذا نقص زائد من أصل الخلقة كالاصبع ونحوها ، بأن قطعها البائع ولم يبق شين ثم باعها . فلا يثبت بزوالها رد . هكذا قاله صاحب التتمة . وهذا فيه نظر . فان القاضي أبا الطيب قال في ذلك : اذا حدث في يد المشتري وجب أن يمنع من الرد في يد عندي ، وتابعه على ذلك ابن الصباغ . فان كان

ذلك عيبا مانعا من الرد — كما قاله أبو الطيب — وجب أن يوجب الرد إذا حصل في يد البائع وان لم يكن عيبا موجبا للرد كما قال صاحب التتمة وجب أن لا يمنع إذا حدث في يد المشتري لا يمنع الرد • فطرده قاعدته وجل ما لا يثبت بفواته في يد البائع خيار لا يمنع الرد إذا حدث عند المشتري فحصل الخلاف بين أبي الطيب والمتولي في امتناع الرد بحدوثه •

وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ، ويجمله عيبا ويطرده قاعدته ، وحينئذ يحصل الخلاف بينهما في المسألتين ، ويمكن أن يقال : ان زوال الاصبع الزائدة ونحوها وان لم يكن عيبا ، الا أن ذلك الزائد إذا كان موجودا عند العقد استحققه المشتري ، وصار جزءا من المبيع المقابل بالثمن ، فلو رده المشتري بدونه لرد المبيع ناقصا عما ورد العقد عليه ، فذلك قال القاضي أبو الطيب : انه يمنع الرد لا بسبب أن ذلك عيب ، نعم إذا حصل زوال هذه الاصبع الزائدة ونحوها في يد البائع بعد البيع وقبل القبض مساق هذا البحث أن يثبت للمشتري الرد لزوال بعض ما شمله العقد ، وان لم يكن عيبا • ألا ترى أنه تقدم لنا أن من اشترى عبدا كاتباً هُنسي الكتابة قبل القبض أنه يثبت الخيار لفوات ما كان موجودا عند العقد وان لم يكن عيبا • بل فوات كمال • وهذا ان لم يكن كمالا فقد تعلق به غرض وقد صار مستحقا بالعقد •

لكنه تقدم عن صاحب التهذيب أنه قال بعدم ثبوت الخيار في حصول ذلك قبل القبض ، وهو الذي يشعر به كلام صاحب التتمة الذي حكيت الآن • وهو مخالف لما قلته من البحث • ولما قاله القاضي أبو الطيب ولصاحب التهذيب وصاحب التتمة أن يقولوا : ان ذلك الزائد وان كان شمله العقد الا أنه لا غرض فيه • فزواله مع البرء لا يحصل به نقص يفوت به غرض صحيح بخلاف فوات الكتابة بالنسيان ، وعلى هذا يكون كل ما أثبت الرد على البائع منع الرد من المشتري • وان أبقينا كلام أبي الطيب على حاله وطردهناه فبما قبل القبض فكذا يستمر هذا الضابط •

وان جمعنا بين ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله كما تقدمت الاشارة اليه في موانع الرد غيفصل في فوات هذه الزيادة في يد البائع بين أن تكون بعد البيع فيثبت الخيار أو قبله فلا • اذا لم يبق بسببها نقص • ويكون كل ما يوجب الرد اذا كان البيع يمنع الرد اذا حصل عند المشتري ولا ينعكس ، فكل ما يوجب الرد اذا حدث بعد البيع وقبل القبض يمنع الرد اذا حدث في يد المشتري وبالعكس ، وكل عيب مثبت للرد وليس كل مثبت للرد عيبا ، كما مثلناه في فوات صفة الكمال قبل القبض ، فليس عيبا داخلا تحت هذا الضابط الا أنه باستحقاقه بالمعقد صار فواته عيبا •

وأصل هذا الضابط الذي ذكره الراعى وأشار اليه الامام للقاضى حسين ، فانه قال : الحد فيه أن كل معنى ينقص العين بأصل الخلقة أو القيمة أو يفوت غرضا مقصودا شرطه ، أو فوات بتدليس من جهة البائع يثبت الخيار • وما خرج من هذه الجملة فلا يثبت الخيار ، وقصد القاضى بهذا حد كل ما يثبت الرد من الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب التصرية والعيب والخلف ، والضابط الذى تقدم كفاية • وبه تعرف ما يرد على حد القاضى •

وقال الغزالى : العيب كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا وقد يكون ذلك نقصان وصف أو زيادته ، وقد يكون نقصان عين كالخصى أو زيادتها كالأصبع الزائدة والخصى ، فان زادت قيمته ولكن ما كان منه مقصودا تتعلق به مالية ، وانما الزيادة بالجب لغرض آخر حصل به ، فلم ينقل عن نقصان وأشار الغزالى بهذا الى أن نقصان القيمة حاصل من وجه كونه يضعف البنية ، ولكنه انجبر بزيادتها من جهة الرغبة في دخوله على الحریم عند من يجوزه فكان كذلك لعبد كانت زادت قيمته بسبب الكتابة ، ونقصت بسبب العيب دون ما زادت ، تلك الزيادة لا تخرجه عن كونه عيبا •

وفى هذا الكلام محاولة أن المعتبر نقصان القيمة • ولذلك قال الشافعى رضى الله عنه فى باب العيب فى الرهن : والعيب الذى يكون به الخيار كل ما نقص ثمنه من شيء — قل أو كثر — حتى الأثر الذى

لا يضر بعمله ، والفعل • فهذا النص شاهد لاعتبار القيمة ، ومراد الشافعي - والله أعلم بالثمن - القيمة •

وقال قبل ذلك بأربعة أسطر : اذا كان بالرهن عيب في بدنه أو عيب في فعله ينقص ثمنه وعلم المرتهن العيب قبل الارتهان به فلا خيار له ، والرهن والبيع ثابتان • وهذا النص مثل الأول •

وقول المصنف : والعيب الذي يرد به المبيع • قد يقول قائل لو قال : الذي يرد به - كما قال في التتمة - لشمل المبيع والثمن •

( والجواب ) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا فحكمه حكم المبيع ، لا شك أنه هنا انما يقصد تعريف العيب في المنع وما في حكمه ، فسواء أذكره أم تركه المراد معلوم ، ولنا عيوب أخرى في غير المبيع مفسرة بغير هذا التفسير • وقال النووي رحمه الله في تهذيب اللغات : العيب ستة أقسام : عيب في المبيع ، وفي رقبة الكفارة ، والغرة ، وفي الأضحية والهدى والعقيقة • وفي أحد الزوجين ، وفي الاجارة • وحدودها مختلفة ، فالعيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار هو ما نقصت المسالية أو الرغبة به أو العين ، والعيب في الكفارة ما أضر بالحمل اضرارا بينا • والعيب في الأضحية والهدى والعقيقة ما نقص به اللحم ، والعيب في النكاح ما ينفر عن الوطء وبكسر سورة (١) المتواق ، والعيب في الاجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة ، لأن العقد على المنفعة ، فهذا تقريب ضبطها ، وهي مذكورة في هذه الكتب بحقائقها وغروعا وعيب الغرة في الجنين كالمبيع • هذا كلام النووي رحمه الله •

( قلت ) والعيب في الزكاة كالمبيع على الأصح • وقيل كالأضحية ، وفي إصداق اذا طلق قبل الدخول ، النظر فيه الى ما يفوت به غرض صحيح ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين ، ولذلك يقول : الحمل في البهائم في البيع زيادة ليس بعيب ، وفي الصداق زيادة ونقص يمنع من الرجوع القهري ، فجملة أنواع العيب ستة وان تكثرت أبوابها ،

(١) بفتح السين وتسكين الراء وفتح التاء المربوطة ،

والموهوب بعوض حكمه حكم المبيع ، وقال أبو ثور : لا يرد بالعيب ولا يرجع بشيء ، وهو بعيد •

( فرع ) قد تبين لك زوال الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار وذلك غير داخل في الضابط المذكور ، والاعتذار عن ذلك بأن يفوت الخيار لا لكونه عيبا ، بل لفوات بعض المستحق ، كما تقدمت الإشارة إليه ، والله أعلم • وقول المصنف : رجع فيه إلى أهل الخبرة بذلك الجنس ، قال صاحب التهذيب : إن قال واحد من أهل العلم به أنه عيب ثبت الرد به ، وكذلك يقتضيه كلام صاحب العدة • واعتبر صاحب التتمة شهادة اثنين : ولو اختلفا في بعض الصفات هل هو عيب ؟ وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه •

( فائدة ) الرجوع في العيب إلى العرف له نظائر في الفقه ، منها طول المجلس المانع من البناء على الصلاة ، وكثير النجاسة المجاوز لحد العفو • وقدر الصفة في الاناء والتفرق القاطع للخيار والقبض والحرز والاحياء ، ومواضع كثيرة الحكم فيها يحال على العرف ، أما قطعا ، أو على خلاف • وقد اشتهر على السنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف ، وليس هذا مخالفا لما يقوله الأصوليون من أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ، ثم العرفي ثم اللغوي ، والجمع بين الكلامين أن مراد الأصوليين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ، ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى ، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يثبت ، فيستدل بالعرف عليه •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فإن اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانیا أو سارقا أو أبقا ثبت له الرد ، لأن هذه عاهات يقتضى مطلق العقد السلامة منها ، فلا يلزمه العقد مع وجودها ) •

( الشرح ) ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وان كانت لا تنحصر ولا مطمع في استيعابها ، ولكن المقصود زيادة في البيان على ما استفيد من الضابط المتقدم ، فمما ذكر المصنف كون الرقيق أعمى أو أعرج أو أصم أو أخرس أو مجذوما أو أبرص ، وهذه الستة لا خلاف فيها ، ولا تفصيل في البرص والجذام المستحكم وغيره ، أو مريضا . وسواء المرض المخوف وغيره ، ما يرجى زواله وما لا يرجى زواله في الرقيق وغيره من الحيوان . هكذا قال صاحب التتمة وغيره . نعم اذا كان المرض قليلا كصداع يسير وما أشبهه غفى الرد به نظر ، وقال ابن يونس وابن الرثعة : ان المرض وان قل عيب .

وقال المعلى : اذا أصاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار كما لو غصب وأمكن البائع رده سريعا ، وهذا حسن ، أو أخبر ، والبخر الذي هو عيب هو اليأس من تغير المعدة دون ما يكون بقلح الأسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف الفم . واعترض مجلى بأن ذلك لا يسمى بخرا فلا حاجة الى الاحتراز عنه . وفي التجريد أن الجارية ترد بتغير البكمة ، وهو محمول على البخر الذي تقدم تفسيره ، ولا فرق بين العبد والجارية ، فان الجارية قد تقصد للاستمتاع . والعبد قد يقصد للمسارة .

وقوله « أو مقطوعا » أى مقطوع عضو من أعضائه كيد أو رجل أو اصبع أو أنملة أو غيرها ، وإطلاق ذلك يشمل الأصيل وغيره ، وقد تقدم استثناء قطع الاصبع الزائدة وشبهها ، وقطع شيء يسير من الفخذ اذا لم يحصل بشيء من ذلك نقص ، أو أقصرع وهو الذي ذهب شعر رأسه من آفة ، ويشترط في هذه الأمور أن تكون مستمرة ، فلو وجدت في يد البائع قبل البيع وزالت وانقطع أثرها فلا رد بها ، وذلك انما يكون في غير القطع أو زائيا أو سارقا أو أبقا ، وهذه أيضا لا خلاف فيها ، ولا تفصيل عندنا في ذلك بين العبيد والاماء ولا فرق بين أن يكون قد أقيم عليه الحد في الزنا والسرقة أو لم يقم ، ووافقنا على الرد بعيب الزنا مطلقا مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر .

وقول أبى حنيفة : ان العبد لا يرد بعيب الزنا بخلاف الأمة . فان زناه يؤدى الى اختلاط نسبه بنسب غيره . وأجاب أصحابنا بأن زنا العبد يوجب الحد وينقص قيمته ، وقد يموت تحت الحد ، ولا فرق بين الصغير والكبير ، وان كان الحد لا يجب على الصغير لأنه يتعود ذلك فيفعله بعد الكبر ، نص الأصحاب على أنه لو زنا مرة واحدة في يد البائع فلمشتري الرد وان تاب وهسنت حالته ، لأن تهمة الزنا لا تزول ، ولهذا لا يعود احسان الحر الزانى بالتوبة .

وقال الغزالي في الوسيط : اعتياد الابق والسرقه والزنا عيب ، فأتسعر باشتراط الاعتياد في الثلاثة أو في الابق ، أو غيه وفي السرقه . ولو لم يكن من كلام الغزالي الا ذلك أمكن تأويله بأن السرقه والزنا معطوفان على اعتياده ، ولا يكون الاعتياد شرطاً فيهما ، لكنه في الوجيز قال : اعتياده الزنا والابق والسرقه فهذا صريح لا يقبل التأويل ، وقريب منه قوله في البسيط : أباقاً أو سراقاً أو زناً فأتى في الثلاثة بصيغة المبالغة ، فأما الزنا فقد تقدم نص الأصحاب فيه ، ولا نعلم أحداً صرح فيه بخلاف ، والسرقه كذلك ، وأما الابق فإن الامام قال في أوائل كتاب السلم في جواب سؤال : ان اعتياد الابق عيب ، واتفاق الابق لا يلتحق بالعيوب . وهذا الذى صرح به الامام كلام الجمهور يدل على خلافه ، ووراء ذلك ثلاثة أمور .

( أحدها ) أن هذه الثلاثة اذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد ، لأن وجودها في يد المشتري عيب حادث بعد تكررها وان وجدت في يد البائع مرة واحدة ثم وجدت في يد المشتري ، فالمنهوم من كلام كثير من الأصحاب أن له الرد ، وبه صرح أبو سعيد الهروي في الثلاثة وغيره في الابق ، ولا فرق في ذلك بين البالغ والصبي المميز ، وقال القاضي حسين : يأخذ الأرش لأن الابق في يد المشتري عيب حادث ، وقد تقدم ذلك عند الكلام فيما اذا لم يعلم بالعيوب حتى أبق .

وان وجدت في يد البائع مرة واحدة ، لم توجد في يد المشتري

غان كان صبيا مميزا فالذى يدل عليه كلام صاحب التتمة وغيره أنه  
يرد •

وقال أبو سعيد الهروى : لا يرد • والأول أصح وان كان كبيرا  
يرد ، لأن العادة في حال الكبر يتعذر الاقتلاع عنها ، وفيه في الابق  
خاصة وجه حكاه الهروى عن الثقفى أنه لا يرد كالصغير • والصحيح  
الأول • وهو قول الزجاجى والقاضى حسين • وقيل : ان للشافعى  
ما يدل عليه •

قال القاضى حسين : الفعلة الواحدة في الابق يجوز أن تعد عيبا  
أبدا كالوطء في ابطال الحضانة •

وصرح في الفتاوى بأنه لا يرتفع ذلك بالتوبة وطول المدة كالزنا •  
وفرع الهروى على قول الثقفى أنه لا يمين على البائع • لأن جواز  
الرد يعتمد وجود العيب في يد المشتري • هذا ما تلخص لى من كلام  
الأصحاب في ذلك •

وحيث قلنا : له الرد في الابق فمحله في حال حضوره ، وأما في  
حال ابقائه فلا على ما تقدم وما ذكره أبو سعيد الهروى في الصغير ،  
واقتضاه كلام الثقفى في اباق الكبير أنه لا يرد بالمرة الواحدة الا اذا  
وجد في يد المشتري عجب ، فانه ان كان ذلك عيبا فلا حاجة الى شيء  
آخر ، وان لم يكن عيبا فوجوده في يد المشتري ان لم يكن مانعا  
فلا أقل من أن يكون مقتضيا ، اللهم الا أن يلاحظ أن وجوده في يد  
المشتري دال على أن ذلك صار عادة ، وأنه من ضمان البائع لاستناده  
الى سابق •

( فرع ) لو وجد الابق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع  
وارتفع مدة مديدة بحيث يغلب على الظن زوالها ، ثم وجدت في يد  
المشتري ، قال الهروى : قال الثقفى والزجاجى أبو على : لا يجوز  
الرد ، لاحتمال أن تلك المعانى ارتفعت ثم حدثت في يد المشتري ،  
فصار ذلك كالمرض الحادث في يده •

( فرع ) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع بل لو وجدت في يد من تلقى البائع الملك منه أو قبله ، كان حكمها كذلك ، قاله القاضي حسين والمتولى في الأباقي ، وهو يجري في الأخيرين بلا شك بخلاف الأمور السابقة من الأمراض •

( فرع ) الحواء كالسارق ، ولا يشترط تكرار الجناية منه أيضا ، وانما ذكرته بهذه الصيغة تبعا للامام •

( فرع ) في مذاهب العلماء •

قال الثوري واسحاق في الصبي يسرق ويشرب الخمر ويأبى : لا يرد بعيب حتى يحتلم وقال أحمد : اذا جاوز عشر سنين فهو عيب •

( فرع ) قول المصنف : عبد على سبيل المثال ، فالأمة كذلك ، وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات أيضا كالعمى والعرج والقطع •

( فرع ) ومن أمثلة العيوب أيضا الجب ، وهو داخل في قول المصنف : مقطوعا ، والصبيان في العبيد والاماء اذا كان مستحكما مخالفا للعادة دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ ، ولا يشترط كونه لا يقبل العلاج بل اذا كان لا يندفع الا بعلاج مخالف للمعتاد فهو عيب ، وعند القاضي حسين لا يثبت بالصبيان صبيان وينبغي أن يحمل كلامه على ما ليس خارجا عن العادة ، والجنون سواء المتقطع وغيره ، وكونه مختلا أو أبله أو أشل أو أعور ، وزعم بعضهم أن ذلك يندرج في العمى ، لأنه عمى في أحد العينين ، فيكون داخلا في قول المصنف ، وليس كذلك • لأن العمى عند الإطلاق انما ينصرف الى العينين نعم العور في اللغة ذهاب البصر ، فقد يطلق على الأعمى ، ولهذا يعبر بأعور اليمنى أو اليسرى ولكن صار عند الإطلاق أيضا انما يفهم منه ذهاب البصر من احدهما •

( ومنها ) كون الرقيق أخفش وهو نوعان ( أحدهما ) ضعيف البصر خلقة ( والثاني ) يكون بعلّة حدثت ، وهو الذي يبصر بالليل دون النهار المعين ، وفي يوم الغيم دون الصحو وكلاهما عيب ، وكونه أجهر بالجم وهو الذي لا يبصر في الشمس أو أعشى • وهو الذي يبصر بالنهار

ولا ييصر بالليل ، والمرأة عشواء أو أعمش قاله القاضي حسين •  
أو أحسم • وهو الذى فى أنفه داء لا يشم شيئاً أو أبقم وهو الموج  
الخم أو أرت لا يفهم — والأرت بفتح الراء وتتديد التاء المثناة  
من فوق • وهو الذى فى كلامه عجمة ، وهذا تفسير أهل اللغة •

وقال الفقهاء فى صفة الأُمة : هو الذى يدغم حرفاً فى حرف على  
خلاف الإدغام الجائز فى العربية • والرتة بضم الراء فكلا الأمرين  
فى هذا الموضع ينبغى النظر فيه الى جنس ذلك الرقيق ، فان كان  
الغالب فيه عدمه كان عيباً • وان لم يكن الغالب فيه عدمه كالزنج وغيرهم  
لم يكن عيباً •

وقد أطلق الأصحاب هنا الأرت الذى لا يفهم • ويمكن أن يبقى  
ذلك على إطلاقه ويكون المراد الذى لا يفهم عنه بلمته ولا بغير لفته •  
وقال القاضي حسين : اذا وجده ألثغ أو أرت لا يثبت الخيار اذا كان  
يستظرف بكلامه • فان كان لا يستظرف بكلامه فله الرد • وكان مراده  
ان كان يفهم كلامنا فلا رد • وان لم يفهم فله الرد فيهما • كما قال  
الأصحاب وهذا بعيد عن مراده فى الأرت •

( ومنها ) كونه فاقده الذوق أو شئ من الحواس الخمس وان كان  
بعضها تتقدم والشعر أو الظفر أو له اصبع زائدة أو سن ساغية وهى  
الزائدة المخالفة لباقى الأسنان أو يد زائدة أو رجل زائدة أو مقلوع  
بعض الأسنان أو أدرد ، وكون البهيمه درداء الا فى السن المعتاد ،  
ونقل القاضي حسين فى الفتاوى هذا التقيد عن العبادى ، بعد أن أطلق  
أن له الرد والتقيد لابد منه وهو الذى أورده الراغى وحكى القاضي  
حسين أيضاً أنه هل يشترط رؤية السن فى العقد ؟ قال : يحتمل  
وجهين ، فليكن الكلام فى الرد تفريعاً على أحد الوجهين ، أو يأتى فيه  
ما تقدم فى الشعر •

( ومنها ) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق ، وهو بياض يعترى  
الجلد يخالف لونه ليس ببرص ، أو أبيض الشعر فى غير أوانه ، ولا بأس  
بحمرته •

( ومنها ) كونه ناما ، أو ساحرا . أو قاذفا للمحصات ، أو كذابا  
أو به نفخة طحال ، كما قال الماوردي والرويانى ، أو مقامرا أو تاركا  
للصلاة ، أو شاربا الخمر وفى وجهه ضعيف لا رد بالشرب وترك الصلاة ،  
حكاه الراغى عن الرقم للعبادى وعن القاضى أبى الطيب تقييد الشرب  
بأن يسكر ، ولا حاجة اليه ، لانه بالشرب يجب الحد ، نبه عليه مجلى ،  
وأىضا يتخذ ذلك عادة ، وفى التهذيب أن التبر المنفادم الذى تاب  
عنه لا يثبت الرد بخلاف الزنا ، لأن سمة التبر تزول عنه بخلاف  
الزنا ، وقد تقدم عن القاضى حسين أن الابق لا يسقط أثره بالتوبة  
والظاهر أنه كالشرب ، فيحتمل أن يكون القاضى مخالفا هنا وصاحب  
التهذيب مخالفا هناك إلا أن يفرق •

( ومنها ) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل ( قال ) الراغى : وعن  
بعض المتأخرين أنه أن كان رجلا ، وكان يبول من فرج الرجال فلا رد  
( قلت ) وهذا حكاه العمرانى عن القاضى حسين انه قاله فى باب  
الجنايات •

( ومنها ) كونه وصل شعره بشعر غيره . قاله القاضى حسين  
والأليق هذا فى صور التلبيس كالتصيرة •

( ومنها ) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط ،  
والمخنث بكسر النون وفتحها والكسر أفصح . والفتح أشهر وهو الذى  
خلقه كخلق النساء فى حركاته وهيئته وكلامه ونحو ذلك ، وتارة يكون  
ذلك خلقه له فلا يأنم به وتارة يتصنعه فهو مأثوم مذموم ملعون •

( ومنها ) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة عن  
زوج أو وطء بشبهة خلافا لأصحاب الرأى ، ونقل ابن أبى عسرون  
أن صاحب الحاوى قال فى المعتدة : انها لا ترد لقرب المدة ، وأن  
الشاشى قال : ما كان نقصا يستوى فيه القريب والبعيد ، وينبغى  
لو كان بقى من عدتها يوم أن يثبت الخيار •

قال ابن أبى عسرون : وهذا حسن ( قلت ) والذى رأيت فى الحاوى  
أن الخيار يثبت فى المعتدة وانما ذكر التعليل بالقرب فى الصائمة بعد

ذلك ، فلعلم ذكر الصائفة سقط بين ذلك من بعض النسخ التي وقعت له ، ولم أر ذلك في حلية الشاشي أيضا وهو عجيب ، والذي أؤوله أنه ينبغي التفصيل في المعتدة ان كان قد بقي من العدة زمن يسير لا يكون عيبا ، ويكون ذلك بمنزلة ما اذا كان العيب يسيرا يمكن البائع ازالته عن قرب ، وقد قالوا فيه : أنه لا خيار للمشتري ، وان كان زمنا كثيرا لمثله أجرة كيوم يثبت الخيار ، كما تقدم اعتبار مثل ذلك في الأحجار أو بها لخن بفتح اللام والخاء المعجمة ، وهو تغيير رائحة الفرج قاله الروياني عن ابن المرزبان أو على لسانها نقطة سوداء اذا قال أهل الخبرة : ان ذلك نقص • قاله القاضي حسين أو تأكل الطين وقد أثر فيها قاله القاضي أيضا ولا غرق في ذلك بين الجارية والعبد أو كون الجارية مساحقة •

( ومنها ) وقد تعرض له الشافعي أن يكون كل منهما : العبد والأمة أحرم باذن السيد • ثم باعه • ثم علم المشتري في زمن الاحرام غله الخيار • لأنه ليس له تحليله • نص عليه في الأم في كتاب الحج ، وان كان أحرم بغير اذن سيده ثم باعه فللمشتري تحليله كالبائع ، قاله الجرجاني والنووي عنه ولا يثبت له خيار •

( قلت ) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله • وان كان بغير اذنه فعلى هذا ليس للمشتري أيضا ، ويثبت له الخيار • وينبغي التفصيل في الاحرام • فان كان قد بقي زمن يسير كطواف أو حلق أو رمي في آخر الأيام لا يكون له الخيار • والا كان له الخيار اذا لم يمكن التحليل •

( ومنها ) على ما قال الجوري : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه ، لأنه ليس له منعه بعد الدخول فيه ، قال : فان كان بالذمة من الصوم متفرقا فلا خيار لأنه له منعه ، وهو في ذمة العبد •

( قلت ) وهذا يقتضي أن يطرد في كل صوم وجب على الفور يكون عيبا اذا كان طويلا يضر لشهر ونحوه كما مثل به • أما اليوم ونحوه فلا • والذي لا يجب عليه الفور يحتمل أن لا يكون عيبا كما قال ، ويحتمل أن يكون عيبا لأنه يضيق عليه اذا توقع الموت وعلى قياس ما قال لو كان

فاته صوم رمضان بعذر أو بغير عذر ينبغي أن يثبت الخيار ، لأنه لا يجوز له تأخيرته عن رمضان آخر . فيصير كشهريه بعينه وهو قريب الحصول .

( ومنها ) تعلق الدين برقبتهما ، ولا رد بما يتعلق بالذمة ، ومثله المتولى والرويانى بدين القرض ، وحسن أن التجارة والشراء في الذمة خلافا لأصحاب الرأي ومالك ، ولو بان كون العبد المبيع مبيعا في جنابة عمد وقد تاب عنها فوجهان فان لم يتب فعيب ( قلت ) ينبغي أن يكون عيبا مطلقا كالسرقة والزنا وقد حكاه صاحب الاستقصاء وجهها ، وجنابة الخلأ ليست بعيب الا أن يكثر وهذا معناه اذا لم يكن أرشها باقيا .

( ومنها ) الكعبيين وانقلاب القدمين الى الوحشى والخيلاان الكثيرة وآثار الشجاج والقروح والكى وسواد الأسنان وذهاب الأشعار والطف المغير للبشره وكون احد ثديي الجارية أكبر من الآخر ، والحفر في الانسان وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولها ، ذكر هذه الأهد عشر القاضي ابو سعيد في فصل في عيوب العبيد والجوارى في شرح آدب القاضي لابی عاصم ، ونقله الراغبي عنه ، ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة أو ايسه فلا رد ، وان كانت في سن يحيض النساء في مثله غالبا فله الرد ، وضبطه القاضي حسين بعشرين سنة ، ولو تطاول طهرها وجاوزت العادات الغالبة للنساء فله الرد ، هكذا قاله المتولى والراغبي . وقال القاضي حسين : اذا انقطع سنة فأكثر فان كانت لها عادة معلومة فعيب ، وان لم يكن لها عادة فليس بعيب ، وفي عبارة الرويانى اعتبار عادة البلد ونسبه الى النص ، والحمل في الجارية عيب وفي سائر الحيوانات ليس بعيب على الصحيح الذي اقتضاه ايراد الراغبي هنا وقطع به المتولى وقال في التهذيب : عيب . وقال ابن الرغمة في الكفاية : ان الراغبي قال في الصداق انه أظهر الوجهين ، والذي قاله الراغبي في الصداق أنه أظهر الوجهين انما كان في الجوارى زيادة من وجه ونقصانا من وجه ، لأنه يضر بطيب اللحم في المأكول وبالحمل في غير المأكول . وفي التناقض بين تصحيح الراغبي نظر ، فان النظر في الصداق في الزيادة والنقص الى حصول غرض صحيح أو فواته ، ولا نظر الى القيمة ولا نقصان العين كما هو الضابط ههنا ، فقد لا يكون

الحمل في الحيوانات عيبا في البيع . لأنه لا ينقص من العين ولا من القيمة . ويكون نقصا في الصداق من وجه لغوات غرض به وفيه نظر .

ومن العيوب كون الدابة جموحا أو عضوضا أو رموحا أو حثينة المشى بحيث يخاف منها السقوط . وشرب البهيمة لبن نفسها . وقلة أكل الدابة . وشرط المتولى والرويانى في الجموح أن لا تنقاد الا باجتماع الناس عندها ، وهو بعيد ، وان كان في كلام القاضى حسين ما يفهمه . قال القاضى حسين : ولو كانت تهرب من كل شيء تراه فله الرد أيضا .

وقال الهروى : من عيوب الدواب الحران وأن يكون اذا أعلم قبل الرحال وهو محل ومن العيوب كون الدار أو الضيعة منزل الجند . قال القاضى حسين في فتاويه : هذا اذا اختصت من بين ما حواليتها بذلك ، فان كان ما حولها من الدور بمتابقتها فلا رد ، وكونها ثقيلة الخراج . وان كنا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد وتفاوت الرغبة والقيمة ، ونعنى بثقل الخراج كونه فوق المعتاد في أمثالها وفي وجه عن حكاية أبى عاصم لا رد لنقل الخراج ولا بكونها منزل الجند ، وألحق في التتمة بهاتين الصورتين ما اذا اشترى فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ، ويزعزعون الأبنية ، وأرضا فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع ، وحكى الرويانى في هاتين المسألتين وجهين ، وأطلق القاضى حسين في الفتاوى انه اذا اشترى أرضا فوجدها مرتع الخنازير أن له الرد قال : وقال العباد : ليس له الرد .

ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبان خلافه ، فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد وان كان على مثلها ذلك القدر فلا رد . هكذا في التتمة والرافعى وفي فتاوى القاضى حسين . وهذا يقتضى تفسير الخراج بشيء غير أجره الأرض فانه اذا لم يعلم أن على الأرض أجره وظن أن الأرض ملك البائع وورد العقد عليها ثم خرجت بخلاف ذلك تخرج على تفريق الصفقة لا لأجل الخراج ، بل لخروج بعض المبيع مستحقا . وقال صاحب التتمة : لو شرط أن لا خراج عليها فبان عليها خراج فله الرد قل أو أكثر ، يعنى ولو كان على أمثالها وهو ظاهر .

وقال الغزالي في الفتاوى : لو استنرى أرضا فبان أنها تبير إذا  
بارت رجلة (١) ويضر بالزرع لعله الرد ان قلت الرغبة بسببه .

ومن العيوب كون الماء مسخنا على أصح الوجهين ، ولو باع  
الطاهر من الأواني بالاجتهاد لزمه تعريف المشتري ، فان لم يعرفه  
فهل له الخيار ؟ وجهان حكاهما الروياني ، ولو باع عشرين صاعا من ماء  
في بئر فاستقى منها تسعة عشر فلما أخرج الصاع الأخير وجد فيه  
فأرة ميتة ولم يتغير الماء بها فأريق هذا النجس . وقال البائع :  
استلم الصاع من الباقي في البئر لأنه كبير ، وطلب المشتري فسخ  
البيع كان له الفسخ لأن هذا الماء نجس عند بعض الفقهاء فتعافى  
النفس ، فيصير كعييب أصابه بما اشتراه ، نص عليه الشافعي ، ونقله  
عنه الروياني . والرمل تحت الأرض ان كانت مما يطلب للبناء ،  
والأشجار ان كانت مما يطلب للزرع والغرس وقد تقدم الكلام في ذلك  
في باب بيع الأصول والثمار ، فليُنظر هناك .

ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل وظهور ماله  
يؤتف المبيع وعليها خطوط المتقدمين ، وليس في الحال من يتهد  
بذلك عيب ، ونقل ذلك عن العدة ، وقال صاحب البحر : وغرضهما  
فيما اذا علم أنها ليست مزورة . ونقلها عن بعض أصحابنا بالعراق  
وعن اختيار مشايخ طبرستان . قال الروياني : وكذلك اذا ادعى مدع  
يعول على دعواه وفقهيا يحتمل أن يقال ذلك عيب . وهذا اذا سبقت  
الدعوى البيع وان بعد البيع وقيل القبض .

( فرع ) قال الهروي : غصل في عيوب العبيد والجواري التي  
اجتمع عليها الباحثون وأفتى بها المفتون التابع في الخلق وتغير الأظفار  
والخلف هذا في العنين والسعال والصكك وهو اصطكاك القدمين .  
هذا لابن أبي ليلى والكوع وهو خروج العرقوب عن القدم في اليمين  
والشمال ، والفرع وهو يتوسط القدم والنقرة والشامات الا شامة  
بيضاء والغدد والعقد والكسف ، وهي دائرة في قصاص الناصية

---

(١) رجلة ورجلي — كسرى — يتعثر فيها الرجل اي الماشي على  
تدميه .  
( الطليعي )

والعس والجماجم في غير مواضعها والكشف في الجبل اكتواه في عسيب  
ذنبه . والسلوم في الأسنان والشقاق في اليدين والرجلين واختلاف  
الأضلاع والأسنان وجرم البسوى . والأذن إذا اتسعت ثم خيشت ،  
والنمش والسمط وأثار جلد خطوط السياد وأكل الطين ، هذا لتريث  
القاضي وحضاب الشعر وتجعيده والوشوم والعنة في الصوت . وهذا  
لحفص بن عياث والترس أخفى من البرص واللواط والابنه والحوث  
والفدع وذساب الأتسافر وأن لا يثبت عامها حدث في زمان أبي عمر  
القاضي المالكي وأن يكون ثمتا كذابا .

( فرع ) قال الزبيرى في المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها  
ثم علم أن أحد حيطانها ليس لها فله الخيار .

( قلت ) وينبغي أن يكون ذلك على تفريق الصفقة ، لأن الإشارة  
تشمل الجميع ومن جعلتها الجدار الذي تبين أنه ليس لها . وقال  
الصيمرى : لو اشترى عبدا فبان أنه أخو المشتري أو عمه فله الخيار  
لأن النفس لا تكاد تطيب باسترقاقه ، وفيه نظر ، لأن هذا معنى خاص  
بالمشترى ، وقد صرح البغوى والرافعى بأنه لو اشترى جاريه فبان  
أخته من النسب فلا خيار ، وقال ابن الصباغ : لو كانت محرمة عليه  
بنسب فلا خيار .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان وجدته يبول في الفراش - فان كان صغيرا - لم يرد ،  
لان بول الصغير معتاد فلا يعد عيبا ، وان كان كبيرا رد ، لان ذلك  
عامه ونقص ) .

( الشرح ) اذا كان صغيرا فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء  
في ذلك الطفل والطفلة ، وقدره صاحب التهذيب بما دون سبع سنين ،  
وكثير من الأصحاب لم يضبطوا ذلك بمقدار ، بل لا يكون مثله يتحرز  
منه كذلك قال القاضي أبو الطيب ، وان كان كبيرا ، وهو ما زاد على  
ذلك فهو عيب في العبد والأمة ، وعن أبي حنيفة أن له الخيار في الجارية

دون العبد • لأن الجارية يتخذها للفراش فيتأذى به وليس كذلك العبد ،  
وأجاب أصحابنا بأن العبد يغسل الثياب التي ينام فيها ويحتاج الى من  
يغسلها وينظفها ، وهذا نقص فيه • وزعم الفارقي أن المصنف لم يذكر  
العلة بتمامها وإن كان معتادا من الصبي لا يخرج عن كونه عيبا • وتمام  
العلة أن يقول : هو معتاد من الصبي ومآله الى الزوال فكان في حكم  
الزائل •

ولو اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد ،  
قال الروياني : لم يكن له الرد ويرجع بالأرثس لأن علاجه بعد الكبر  
عيب ، فصار كبره عنده كالعييب الحادث ، هكذا قاله الروياني ، وكأنه  
فرض المسألة فيما اذا كبر الى سن عالية فوق كبره حاله المبيع بحيث  
يكون علاجه أصعب • أما البول في حالة الصغر فليس بعيب سواء أكبر  
عند المشتري أو لم يكبر ، لا رده ولا أرش •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن وجدته خصيا ثبت له الرد ، لأن العقد يقتضى سلامة الأعضاء  
وهذا ناقص ) •

( الشرح ) الخصى الذى نزع خصيته وسلتا ، وقيل : من قطعت  
أنثياه مع جلدتهما • فعلى هذا التفسير قد دخل في قول المصنف فيما  
مضى : أو مقطوعا • فيكون قد نص عليه ليكون أصرح • وعلى كل  
تقدير هو عيب كما ذكره المصنف وقد ذكر عند الضابط في أول الفصل  
زيادة كلام فيه • وأن زيادة قيمته لا تمنع من كونه عيبا • فإذا اشترى  
عبدا مطلقا فخرج فعلا لم يثبت الرد • وإن خرج خصيا ثبت الرد •  
وكذلك البهيمة اذا وجدها خصيا ثبت الرد • قاله الجرجاني •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن وجدته غير مختون — فإن كان صغيرا — لم يثبت له الرد  
لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير ، لأنه لا يخاف عليه منه ، وإن كان

كبيرا أثبت له الرد لأنه يعد نقصا لأنه يخاف عليه منه ، وإن كانت جارية لم ترد ، صغيرة كانت أو كبيرة لأن ختانها سليم لا يخاف عليها منه) •

(الشرح) هذا كما قال : وضبط الرويانى الصغر هنا بسبع سنين هما دونها ، وفيه وجه أن ذلك لا يكون نقصا في العبد الكبير أيضا • ووجه ثالث حكاة الرويانى وقطع به المتولى أن كان الكبير من سبى الوقت من قوم لا يختنون فلا خيار • وحكى في الجارية وجهين • قال : قالوا : والصحيح أنه يثبت الخيار لأنه لو كان هيها اصبع زائدة ثبت الخيار ولا يستحق قطعها ، فلأن يثبت ههنا وتستحق إزالة هذه الجلدة أولى •

والجواب عما قلناه أن الاصبع الزائدة وجودها نقص ، ويخشى من إزالتها ، وهى خلاف الأصل ، بخلاف ما يقطع من الجارية • وفى كلام المصنف إشارة الى أنه إذا وجدته مختونا فلا خيار ، سواء أكان صغيرا أم كبيرا ، وهو كذلك إذا لم يحصل بالختان نقص ولم يكن شرط أنه أقلف ، فإذا كان قد شرط ذلك فبان مختونا قال المتولى أن كان فيه غرض بأن كان الغلام مجوسيا ، أو علم أن المجوس يرغبون فيه فله الخيار ، وإن كان بخلافه فلا خيار •

ولو اشترى عبدا أقلف فختنه وإن قل الموضع ثم وجد به عيبا قديما فله رده لأن الختان زيادة فضيلة وليس بعيب • قاله صاحب التتمة والرويانى ، ويحتاج المتولى الى فرق بين هذا والمسألة السابقة إذا شرط أنه أقلف فخرج مختونا • حيث فصل ويمكن الفرق •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن اشترى جارية فوجدتها مغنية لم ترد ، لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة ، فلم يعد ذلك عيبا ) •

(الشرح) هذا مذهبا • وحكى أصحابنا عن مالك أن له الخيار ، لأن الغناء حرام • وذلك نقص فيها • ومنع بعض أصحابنا تحريمه •

وبتقدير تسليمه فالمحرم فعله • فله أن يمنعها من استعماله • وأما معرفته فليست بحرام • حتى قال الروياني : لو شرط أنها مغنية فكانت مقرئة فله الخيار — يعنى لأن له غرضا في ذلك — والقراءة فضيلة لكن لا يحصل غرضه كما لو شرط أنه خصى فخرج فحلا •

وقول المصنف : لا تنقص به العين ، احتراز من الخصاء به ، وحكم العبد في ذلك حكم الأمة ، فلو وجده زامرا أو عالما بالمعزف أو العود فليس له الرد ، والسيد قادر على منعه من العمل ، وما ذكرناه من أن الغناء ليس بعيب عندنا هو المشهور ( وقال ) الهروي في الاشراف : وإذا كانت مغنية فاختلف فيها الحموى وغيره من أصحابنا •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد ، لأن الثيوبه والكبر ليس بنقص وانما هو عدم فضيلة ) •

( الشرح ) كثير من الأصحاب أطلقوا هذا الحكم وقالوا : إذا لم بشرط بكارتها ولا ثيوبتها فخرجت بكرا أو ثيبا لم يكن له الخيار لأنه لم يحصل شرط ولا تدليس ولا عرف غالب يدل على ذلك ، وذلك الاطلاق محمول على ما إذا كانت في سن يغلب فيه الاستمتاع بها ، أما إذا كانت صغيرة وكان المعهود في مثلها البكارة ، فخرجت ثيبا ، ثبت الرد ، وممن قاله المتولى والرافعى ، وأشعر كلام الروياني في ذلك خلافا ، فإنه حكى الاطلاق ثم قال : ومن أصحابنا من قال : ان كان مثلها يكون بكرا في العادة فوجدها ثيبا له الخيار ، لأنه وجدها على خلاف المعهود ، قال : وهذا أصح عندي ( قلت ) والأولى أن ينزل ذلك الاطلاق على هذا ، ولا يكون في المسألة خلاف •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فان وجد المملوك مرتدا أو وثيبا ثبت له الرد ، لأنه لا يقر على دينه ) •

( الشرح ) الرد عيب قضا في الملوك الذكر والأنثى ، وما سواها من الكفر . فالكتابي تد ذكره المصنف بعد هذا ، وما بين هذين من أنواع الكفر الأصلي كالتوثن والتمجس قيل : لا رد ، لا في العبد ولا في الاماء ، وبهذا قطع صاحب التتمة .

وقال صاحب التهذيب : ان وجد الجارية مجوسية أو وثنية فله الرد ، لأنها محرمة على كافة<sup>(١)</sup> الناس ، وان وجد العبد كافرا أصليا أي كفر كان فلا رد ان كان قريبا من بلاد الكفر ، بحيث لا تنقل الرغبة فيه ، وان كان في بلاد الاسلام بحيث تنقل الرغبة في الكافر وتنقص قيمته فله الرد ، وصحح الراغبي والنووي ما قاله في التهذيب . وقال القاضي أبو الطيب : أنه اذا اشترى عبدا مطلقا فخرج كافرا لم يكن له خيار ، وهذا الاطلاق أقرب الى موافقة صاحب التتمة .

وفصل القاضي حسين بين دار الاسلام كما نقل صاحب التهذيب ، وما قاله المصنف يظهر أنه مخالف للوجهين ، فإنه أطلق الرد بالتوثن ، وتعليقه بأنه لا يقرر عليه يقضى أن العبد الوثني يقبل ، والمعروف في المذهب خلافه ، ومن كلام المصنف وكلام صاحبي التتمة والتهذيب يخرج في العبد ثلاثة أوجه .

( أحدها ) أنه لا يرد بالكفر الأصلي مطلقا ، وهو قول صاحب التتمة . ( والثاني ) وان كان في بلاد الاسلام يرد به والا فلا . وهو قول صاحب التهذيب ( والثالث ) يرد ان كان وثنيا ، وهو قول المصنف ، ويحتمل أن يكون المصنف يوافق صاحب التهذيب في المجوسى ان كان في بلاد الاسلام غرض أن قيمته تنقص بذلك .

وأما الجارية فاما ذكره صاحب التهذيب فيها يتعين لنقصها بالنسبة الى امتناع وطئها على كل أحد ، سواء أكانت مجوسية أو وثنية ، والكتابية سيأتى حكمها ، والمرتدة لا اشكال في كونها ترد ، لأنها لا تفرق ،

(١) سبق التنبيه على خطأ هذه العبارة والصواب : مجيء ( كافة ) حالة ، فيقول : الناس كافة - بلا اضافة . ( المطيعي )

وأطلق الشيخ أبو حامد في الجارية ، والقاضي أبو الطيب في العبد انه لا يرد بالكفر ، وأطلق الامام الكلام اذا اشترى عبدا فخرج كافرا . ونقل عن عامة الأصحاب أنه عيب . وعن العراقيين أنهم ذكروا وجهها أنه ليس بعيب . وفصل هو ان كان الاسلام غالبا في موضع العبد والكفر منقص قيمته فهو عيب ، وان لم يكن الايمان غالبا في العبيد ، بل كانوا منقسمين . وكان الكفر منقصا للقيمة ، فهذا فيه تردد ، وظاهر القياس أنه ليس بعيب ، والظاهر النقل أنه عيب ، وان لم يكن الكفر منقصا والعادات مضطربة غالوجه القطع بأن الكفر لا يكون عيبا . وقال قبل باب بيع حبل الحبله اذا اشترى المسلم عبدا فخرج كافرا ان اشتراه في بلاد الاسلام غله رده ، فانه نادر في هذه الديار ، وان اشتراه في دار الحرب فخرج كافرا فالذي ذهب اليه الأكثرون أنه لا برد ، وكان شيخى يقول : يثبت الخيار ، ومما ذكره الامام يخرج وجه رابع أن الكفر عيب مطلقا ، وما نقله عن الأكثرين هنا موافق لما قاله صاحب التهذيب .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان وجدته كتابيا لم يثبت له الرد ، لأن كفره لا ينقص من عينه ولا من ثمنه ) .

( الشرح ) هذا موافق لصاحب التتمة . ومخالف لصاحب التهذيب والرافعى في التفصيل بين أن يكون في بلاد الاسلام وقيمة الكافر أنقص فيثبت الرد أو لا فلا فرق عند صاحبى التتمة والتهذيب في ذلك بين العبد والأمة ، صاحب التتمة يقول : انه لا يرد فيها وصاحب التهذيب يطرد تفصيله المذكور فيها . ولعل اطلاق المصنف وغيره محمول على ما قال صاحب التهذيب ، حيث لا تكون القيمة تنقص بذلك ، فان تحليلهم يرشد اليه . وقد تقدم أن الامام أطلق الكلام في الكفر ، ونقله عن عامة الأصحاب أنه عيب . والأصح ما نقله قريبا من باب بيع حبل الحبله هو التفصيل الموافق لصاحب التهذيب وهو قد خالف مالكا رحمه الله فقال : انه يثبت الرد بالكفر لأنه نقص . وأجاب الأصحاب بأن الكفر نقص في الدين ، والبيع انما يقصد به المال . وكفر الكتابى سبب في تكثير ماليته . لأنه يشتريه الكافر والمسلم وكثرة الطالبين تقتضى

كثرة الثمن • قال الفارقي : وقد ثبت هذا المعنى في اعتاق الكافر في الظاهر أنه يعتبر فيه الاسلام ككفارة القتل • ولا يفرق بالتغليظ لما تبين أن المسلم أقل قيمة من الكافر ، ومحل التكفير وهو الرقبة واحد ، فبستوى بين الكفارتين فيه كما يستوى بينهما وبين كفارة اليمين في محل الصوم فلا يجوز في يوم العيد والحيفض وإن اختلفا في مقداره •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن اشترى أمة فوجدها مزوجة ، أو عبدا فوجده مستاجرا ، ثبت له الرد ، لأن اطلاق البيع يقتضي سلامة المنافع للمشتري ، ولم يسلم له ذلك ، فثبت له الرد ) •

( الشرح ) هذا كما قال ، لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات غيفوت على السيد منفعتها في ذلك الوقت ، والمستاجر منفعتها فائتة الى انتهاء مدة الاجارة ، وقد صح أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه اشترى من عاصم بن عدى جارية فأخبر أن لها زوجا فردها ، وورد في سنن البيهقي في الأمة تباع ولها زوج أن عثمان قضى أنه عيب ترد منه ، ونقل ابن المنذر الاجماع عليه ، وفي البيان حكاية وجه في الترويح وهو ضعيف ، بل باطل لنقل ابن المنذر •

ولو قال زوجها لها : ان برىء المشتري من الثمن فأنت طالق ، وكان قبل الدخول ثم علم المشتري بالترويح ، هل له الخيار ؟ فيه احتمالان في البحر • ( أحدهما ) نعم ، لثبوت العيب وجواز موت الزوج قبل براءة المشتري ، فيلزمها عدة الوفاة ( والثاني ) لا ، لعدم الضرر ، لأن عدة الوفاة ان وجبت ثبت الخيار بها . لأنها عيب حادث ، أى من سبب متقدم في يد البائع أم يقع الرضا به ، وحكم ترويح العبد حكم ترويح الأمة يرد به أيضا إلا أن الاجماع المنقول في الأمة خاصة وأطلق كثير من الأصحاب ذلك •

وقال صاحب التتمة : انه اذا كان تزوج بغير اذن سيده ودخل بها وقلنا : المهر يتعلق برقبته كان حكمه حكم العبد الجانى ، ويجب

تقييد اطلاق غيره بذلك . قال صاحب التهذيب : ولو علم العبد  
ذا زوج ، ولكن لم يعلم أن عليه مهرا ولم يعلم قدره فله الرد ، كما  
لو اشتراه عالما بالعيب ولم يعلم مقدار له الرد .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد ،  
لما روى « أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع ، فذكر ذلك للنبي  
صلى الله عليه وسلم فقال : اذا بعث فقل : لا خلافة ، ولك الخيار  
ثلاثا » ولم يثبت له خيار الغبن ، ولأن المبيع سليم ولم يوجد من جهة  
البائع تدليس ، وانما فرط المشتري في ترك الاستظهار فلم يجز له  
الرد ) .

( الشرح ) هذا الحديث قد ذكره المصنف في أول كتاب البيوع ،  
فيكتفى بما تقدم من كلام النووي عليه ، والأصح أن الذي كان يخدع  
منقذ والد حبان ، والحديث صحيح في الجملة ، ومعنى لا خلافة : لا غبن  
ولا خدعة ، وجعلها الشرع لاثبات الخيار اذا قالها ثبت الخيار ، صرح  
باشترائه أم لا .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « ولك الخيار » اعلام منه بثبوت  
الخيار ( وقوله ) ولم يثبت له خيار الغبن من كلام المصنف ، وليس  
من الحديث ، ووجه الدلالة منه ظاهر . لأنه لو كان يثبت الخيار  
بالغبن لبينه النبي صلى الله عليه وسلم ولم يحتج أن يعد اشتراط  
خيار الثلاث أو أن يجعل له الخيار ثلاثا ، بقوله « لا خلافة » وقد ورد أن  
حبان كان اذا اشترى فرجع الى أهله فيقولون له : اردده فانك قد  
غبت أو غششت فيرجع الى بيعة ، فيقول خذ سلعتك ورد دراهمي  
فيقول : لا أفعل قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب النبي  
صلى الله عليه وسلم فيقول : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد  
جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا ، فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته .

فلو كان الخيار ثابتا بالغبن لكل أحد لم يكن الخيار خصوصية

بذلك فظاهر قضية حبان أنه كان بالخيار ثلاثا ، سواء عين أو لم يعين ، وهل ذلك خاص به لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعله بالخيار ؟ أو هو ثابت بالشرط كما هو في حق غيره ؟ مساق هذه القصة التي حكيتها بشعر بالأول ، فإنه لو عرف البائع شرط الخيار لم يخالفه وإلى ذلك ذهب بعضهم . وقيل : أن ذلك بالشرط وهو عام له ولغيره ، وكيفما كان فالدلالة منه ظاهرة في عدم ثبوت الخيار بالغبن ، وما ذكره المصنف من المعنى ظاهر أيضا ، فإن المبيع لا عيب فيه ، ولا تدليس . لأن الغرض كذلك فانتفى موجب الخيار .

وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء أفتاحش أم لا . وإن اشترى زجاجة بثمن كثير وهو يتوهمها جوهرة فلا خيار له ولا نظر إلى ما يلحقه من الغبن لأن التقصير منه ، حيث لم يراجع أهل الخبرة . ونقل المتولي وجها شادا أنه كثر الغائب ، ويجعل الرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة . قال أصحابنا : وثبوت الخيار في المعيب للنقص لا للغبن ، ولهذا لو كان مع العيب يساوي أضعاف ثمنه ثبت له الرد ، وهو تعيب في يد البائع ثبت الخيار . ولو نقصت قيمته بانخفاض الأسواق فلا . ويخالف تلقى الركبان لأن هناك وجه منه تغرير بالاختبار عن السعر على خلاف ما هو . ولا طريق إلى الاستكشاف .

ويخالف الغبن في مسألة الرابحة لأن هناك علق العقد الثاني بالأول ، والمخالف لنا في هذه المسألة مالك وأحمد وأبو ثور ، أما مالك فقال : أن غبن بأقل من الثلث فلا خيار له ، وإن كان بالثلث أو أكثر فله الخيار . هكذا نقل أصحابنا عنه ، وهو قول بعض أصحابه . قال القاضي عبد الوهاب : ولم يجد مالك في ذلك حدا ، ومذهبه إذا خرج من تغابن الناس في قبيل تلك السلعة ، ثم أصحابنا نقلوا هذا مطلقا ، وشبهه عد المالكية أن يكونا أو أحدهما غير عارف بتقلب السعر وتغيره في عقده ، فإن كانا جميعا من أهل البصر بتلك السلعة وأسعارها في وقت نبيع فلا خيار ، سواء أكان الغبن قليلا أو كثيرا . قاله القاضي عبد الوهاب .

وأما أحمد فقتل : ان كان المشتري مسترسلا غير عارف بالبيع ،  
واذا عرف لا يعرف ثبت له الخيار بالغبن ، وان كان من أهل المعرفة  
لو تأمل فيه لعرف أن قيمته لا تبلغ ذلك المبلغ فلا خيار له . وأما  
أبو ثور فأطلق عنه النقل باثبات الخيار وأنه ان فأتت السلعة رجع  
المغبون بقدر الغبن ونقل ابن المنذر عنه أن البيع — فيه غبن لا يتغابن  
الناس بمثله — فاسد ، وهذا النقل عنه أثبت عندنا من الأول .

ونقل أصحابنا عن المالكية أنهم احتجوا بحديث «لا تلقوا الركبان»،  
وكونه أثبت الخيار بالغبن ، وبحديث «لا ضرر ولا ضرار» ، وبالمقياس  
على الغبن بالبيع ، وأجاب الأصحاب عن الأول بأن الخيار ثبت للتغريب ،  
فان المشتري غره . وعن الثاني بأننا نقول بموجبه ، وعن الثالث بأن  
خيار العيب لم يكن للغبن ، بل لاقتضاء البيع السلامة ، وبأن العيب  
يستوى فيه الموجود عند العقد والحادث قبل القبض وههنا لا خيار  
إذا حدث نقصان القيمة قبل القبض اتفاقا بأن العيب لا غرق فيه  
بين الثلث أو أقل أو أكثر ، وهم لا يقولون به هنا ، وقد قال أصحابنا :  
يكره غبن المسترسل ، وإطلاق الكراهة في ذلك محمول على ما اذا لم  
يستنصحه المسترسل ، أما اذا استنصحه فيجب نصحه ، ويصير غبنه  
اذاك خديعة محرمة ، هكذا اعتقده من غير نقل .

والمنقول عن مذهبنا ومذهب أبي حنيفة من القول بلزوم العقد  
لعله لا ينافي التحريم ، أو محمول على ما اذا لم يستنصحه كما تقدم ،  
قال ابن المنذر : وقال بعضهم : كل بيع باعه رجل من مسترسل واختدعه  
فيه ، أو كذبه فالمشتري في ذلك بالخيار اذا تبين له ذلك .

( فرع ) فيما نتوهم أنه عيب ، وليس بعيب لا رد فيه ، فكون  
الرقيق رطن الكلام أو غليظ الصوت أو يسيء الأدب أو ولد زنا ، خلافا  
لأبي ثور ، وسواء أكان مجلوبا أو مولدا خلافا لأبي حنيفة ، ولا بكونه  
يقتل النفس أو بطيء الحركة أو فاسد الرأي أو حجاما أو أكولا أو قتل  
الأكل بخلاف الدابة في قلة الأكل بحيث ترد وعن القاضي حسين الا أن  
تكون قلة أكل العبد لعله . ولا يحتاج الى ذلك لأن تلك العلة كافية  
في الرد ولا يكون الأمة عقيما وكون العبد عتيقا ، وعن الصيمري اثبات

الرد بالتعنين وهو الأصح عند الامام • ولا يكون الرقيق ممن يعتق على المشتري ولا تكون الأمة أخته أو غيرها ممن يحرم عليه من الرضاة أو النسب كما قاله الفاضل حسين والماوردي والبغوي وغيرهم أو المصاهرة كابنه امرأته أو موطوءة أبيه أو ابنه • بخلاف المحرمة والمعتدة : لأن النحریم هناك عام فتنقل الرغبة • وهنا خاص به ، وفي وجه رواه ابن كج يلحق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة • حكاه الرويانى فى موطوءة الأب وضعفه •

وقد تقدم عن الصيمرى اثبات الخيار فيما اذا بان أن العبد أخو المشتري أو عمه ، وقياسه بغير شك أن يقول هنا فيما اذا بان أخته من النسب بالخيار ، وهو موافق فى الرضاع على عدم الخيار • وكذلك فى المصاهرة • ولا أثر لكونها حائمة على الصحيح • وفيه وجه ( قال ) الراعى ضعيف • وقال النووى باطل • ولو وجد العبد فاسقا قال الرويانى : لا خيار بالاجماع • قال ذلك عند الكلام مع الحنفية فى الكفر ، وينبغى أن يقيد ذلك ، فان من أسباب الفسق ما يرد به ، وقد تقدم كثير منه •

قال ابن الرفعة : انه اذا كان العبد مرتدا حال العقيد وقد تاب قبل العلم لا يرد به على المذهب ، يعنى فى ارتفاع الميب قبل العلم به — وفيه نظر — لأن ذلك قد ينفر عنه لتوهم سوء سيرته • والأولى ما قاله فى الحاوى فى كتاب الرهن أن ذلك عيب فى الحال • قال ابن الرفعة بعد حكاية ذلك : وأما اذا قلنا انه ليس بعيب فهل له الرد به ؟ فيه وجهان • وهذا كلام عجيب • كيف يكون له الرد بما ليس بعيب • ولو اشترى شيئا فبان أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة حاكم • فهل له الرد لخطر فساد النيابة ؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي • قال النووى : ( الأصح ) لا رد •

ولو اشترى شقصا من عقار على ظنه أن الباقي للبائع فبان أنه لميره وأن له الشفعة فلا خيار له لعدم الضرر على تقدير الأخذ أو الترك • قال المتولى : ولو كان الرقيق أصلع • قال القاضى حسين فلا رد بخلاف الأقرع ، وفيه نظر ، وقد تقدم بأنه لا رد بكون الرقيق

في ذمته مال وكذلك قتاله الماوردي . قال : وقال العراقيون : نه انرد ، وليس بصحيح وأراد بالعراقيين أبا حنيفة وأصحابه . فنبهت على ذلك لكلايتوهم من لا معرفة له أنهم العراقيون من أصحابنا .

ولو اشترى فلوسا فكسرت قبل القبض ، ومنع السلطان المعاملة بها لم يفسخ العقد ، خلافا لأبي حنيفة . قتاله في العدة ونقله العمراني عنه . فهذه جملة مما يرد به وما لا يرد : ولم أذكر منها شيئا الا منقولا ، ولا سبيل الى حصولها ، وفي الضابط المتقدم كفاية .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب ، أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن ، ثبت له الرد لأنه أنقص مما شرط فجاز له الرد ) .

( الشرح ) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار . وهو اخلاف ما ظن بالالتزام الشرطي ، والغزالي يرى أنه الأصل للسببين الماضيين . وهما التغير الفعلي وانتفاء الغرض . وقد تقدم الكلام في ذلك ، وقد بنى المصنف كلامه على صحة البيع مع خلف الشرط ، وذلك هو المشهور عندنا وعند جمهور العلماء ، وقد تقدم أن الحناطى حكى قولاً غريباً أن الخلف في الشرط يوجب فساد البيع والتفريع على المشهور . فإذا شرط أنه كاتب أو يحسن صنعة فخرج بخلاف ذلك ثبت له الرد . وقول المصنف « لأنه أنقص مما شرط » أى فصار كالمعيب الذى يخرج أنقص مما اقتضاه العرف . ولهذ يعبر الغزالي وغيره بخيار النقيجة في الأسباب الثلاثة المذكورة في هذا الباب . واكتفى المصنف بالأمثلة عن الضابط وقد ذكر الامام والغزالي والرافعى ضابطاً . واختلفت عباراتهم فيه . وجملته أن الصفات على ثلاثة أقسام :

( الأول ) التى تتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخاير بالخلف فيها ( الثانى ) ما يتعلق بها غرض صحيح غير المال ، والخلف فيها يثبت الخيار وغاها أو على خلاف فيه ، وذلك تحت قوة الغرض

وصعفه • هكذا قال الرافعي • وأطلق الأمام والغزالي جريان الخلاف في هذا القسم ( والثالث ) ما لا تتعلق به مالية ولا غرض مقصود ، فاشتراطه لغو ولا خيار يفقده ، وأجاد النووي في الروضة فجعلها قسمين ( أحدهما ) يتعلق به غرض مقصود والخلف فيه يثبت الخيار وغائفاً أو على خلاف •

( والثاني ) لا يتعلق به غرض مقصود فاشتراطه لغو • وهذه العبارة أولى فانه قد يفوت الغرض دون المال ، ويثبت أن خيار قطعاً ويفوت المال دون الغرض ، فيجوز الخلاف كما يأتي في الخصي والفحل •

فالمعتبر أن غرض ويفوته يحصل الوفاق ، وبضعفه يحصل الخلاف ، وبانتفاؤه بالكلية يقطع بعدم الخيار ، ومسائل الفصل منزلة على هذا الضابط • فالمثالان اللذان ذكرهما المصنف هنا من القسم الأول يفوت بهما مالية وغرض قوى • وكذلك لا خلاف فيهما • قال الأصحاب : ويكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها • بقي شرط الكتابة عند الإطلاق يكفي اسم الكتابة وإن لم يكن مستحسناً • ولو شرط حسن الخط • فإن كان غير مستحسن في العادة فله الخيار • وإن كان مستحسناً فلا خيار له •

قال صاحب التتمة : والكلام في كون هذا الخيار على الفور • وفي كيفية الفور على ما تقدم في العيب سواء • ممن صرح بهذا صاحب التهذيب ، وإن اختلفا فقال المشتري : اشتريت بشرط الكتابة • وأنكر البائع تحالفاً ، وقيل القول قول البائع مع يمينه • قاله في التهذيب •

( فرع ) قال القاضي حسين : ولو شرط أنه حجام فأخلف ثبت الخيار ، وإن كان صادقاً في جملة الحرف غير الحجامة •

واعلم أن هذا الفرع الذي ذكره القاضي يحتمل أن يكون مجزوماً به ، ويدل ذلك على أنه لا عبرة بزيادة المالية من جهة أخرى ، مع خواتها من الجهة المشروطة وكذلك شرط الكتابة قد يخلف ويكون متصفاً

بصفات تزيد على قيمة الكتابة فلا يمنع ذلك من قولنا أنه غات غرض ومالية ، على أنى نبهت أن الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المال ، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة أخرى •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن اشتراه على أنه فحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصى انتقص من الفحل في الخلقة والبطش والقوة ، وإن شرط أنه خصى فوجده فحلا ثبت له الرد ، لأن الفحل دون الخصى في الثمن والدخول إلى الحرم ) •

( الشرح ) المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى ، وإن تأدت المالية • قال القاضى حسين : وإن كانت قيمته أضعاف قيمة الفحل ، ولا فرق في ذلك بين العبد وغيره من الحيوان ، والثانية ذكر الرافعى عن أبى الحسن العبادى أنه لا رد فيها ، لأن الفحولة فضيلة ، والصحيح ما ذكره المصنف بفوات المال والغرض جميعا ، وجريان الخلاف فيها مع فوات المال يدل لما تقدمته من حسن عبارة النووى ، وأنه ليس كل ما نفوت به مالية نقطع فيه بثبوت الخيار • بل قد يفوت المال مع جريان الخلاف كما في هذه الصورة وقد لا يفوت المال ويحصل التوافق كما في الصورة الأولى •

وكلام المصنف يشعر بأنه يرى جواز دخول الخصى على انحرم • والذي قاله الرافعى في كتاب النكاح في النظر : أن الخصى الذى بقى ذكره ، والمحبوب الذى بقى أنثياه كالنكاح وفى المسحوح ( وجهان ) الأكثر أن كالمحرم • فعلى هذا ما ذكره المصنف من أن الفحل دون الخصى في الدخول على الحرم • وأما فهو أضعف في العمل ، فإن كان المصنف أطلق الخصى على المسحوح استمر كلامه • وكذلك غيره من الأصحاب حيث أطلق هذا الحكم ، والا فمتى شرط أنه خصى بالمعنى المذكور في كتاب النكاح فبان فحلا • ينبغى أن لا يثبت الرد • لأنه لم يفت غرض ( والظاهر ) أن المصنف والأصحاب هنا إنما أرادوا بالخصى هنا المسحوح ، لأنه في العرف يطلق عليه كثيرا •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ، لأن الكافر دون المسلم في الدين ) •

( الشرح ) هذه أيضا لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى ، وان كانت المالية قد لا تفوت ، بل تكون أكثر ، كما اذا شرط أنه فحل فخرج خصيا • وكذا لو شرط تهود الجارية أو تنصرها ثبتت مجوسية • قاله المتولى والرافعى • لو اشتراه على أنه مجوسى فكان يهوديا • قال الرويانى : يثبت الخيار • وقيل : ان كانت لا تنقص قيمته في العادة لا خيار ، وان كانت تنقص بأن كانت الغالب المجوس في تلك الناحية يثبت الخيار ، وهو قول صاحب التتمة ، ولا فرق في هذا الفصل بين العبد والأمة •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد ، وقال الزنى : لا يثبت له الرد ، لأن المسلم أفضل من الكافر ، وهذا لا يصح ، لأن المسلم أفضل في الدين ، الا ان الكافر أكثر ثمنا لأنه يرغب فيه المسلم والكافر ، والمسلم لا يشتريه الكافر ) •

( الشرح ) المذهب ثبوت الرد في ذلك ، وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ، ولكن لأنه قد يكون غرضه التجارة ومالية الكافر أكثر ، لما ذكره المصنف ، وما نقله عن المزنى نقله عنه القاضى أبو الطيب وغيره ، وبه قال أبو حنيفة ، ومن أصحابنا من وافق المزنى في ذلك • ورأى مذهبه قولا مخرجا معدودا من المذهب وحكى ذلك الامام في كتاب النكاح ، وهناك تكلم المزنى عليها في المختصر • وان تزوجها على أنها كتابية فاذا هى مسلمة لم يكن له فسخ النكاح ، لأنها خير من الكتابية • قال المزنى : هذا يدل على أن الأمة اذا اشتراها على أنها نصرانية فاذا هى مسلمة لا خيار ، واذا اشتراها على أنها مسلمة فاذا هى نصرانية له أن يردّها في قياس قول الشافعى •

وفي المسلمة وجه ثالث أنه أن يان قريبا من بلاد الكفر ، أو في ناحية أغلب أهلها الذميون ، ثبت الخيار ، والا فلا ، وهو اختيار القاضي حسين . وحمل كلام الشافعي على ذلك ، وقد جمع الإمام الأوجه الثلاثة في كتاب النكاح ، وذكر الإمام في الانتصار لقول المرعي أن القيمة أن كانت تريد من وجه رغبة الكفار هتلك رغبة باطلة مستندة الكفر وتحسينه واعتقاد كونه حقا ، فيكاد أن تكون تلك الزيادة بمثابة ثمن الخمر .

قال الإمام : وبقيّة الكلام أن هذا العبد لو أتلّف فمذهب جماهير الأصحاب أنه يجب على المتلف أن يغرم قيمته اعتبارا بما بطلت به ، وإن كانت بأكثر مما يشتري به المسلم ، ومذهب المزني ومن يوافقه إلى أن الزائد لا يضمن لما أشرنا إليه ، وهو بمثابة ازدياد قيمة انجارية بأن تعتبر عواده ، فلا يكاد يخفى أن القيمة تزداد في المغنية في العادة ضعف ما تكون الجارية الناسكة ، ومن اشتراها لم يعترض عليه ، فإن الشراء يرد على عينها ولكن لو أتلّفت لم يضمن متلفها إلا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء ، هذا كلام الإمام في كتاب المنهاج ، مع أنه في كتاب البيع استبعد القول بعدم ثبوت الخيار مطلقا كما هو مذهب المزني ، واختار الوجه الثالث ، وما ذكره في الانتصار لقول المزني جوابه أن زيادة قيمة الكافر ليست للرغبة في كفره ، بل لكثرة طلابه ، فإن المسلم لا يتمكن الكافر من شرائه ثم قال الإمام هنا : إن هذا إذا كان الكافر أكثر قيمة ، فإن لم يكن الأمر كذلك فخلف الشرط فيه بمثابة خلف الشرط في الثيابة والبنكارة والجودة والتوسط ، وهذا كأنه قال على ما اختاره ، ويحتمل أن يكون تقييدا للمسألة وجريان الخلاف فيها .

( فرع ) هذه المسألة أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على عبارة الرافعي وغيره. لجريان الخلاف فيها مع قنات الغرض المعلق بزيادة ماليته ، ووجه جريان الخلاف فيها ضعف الغرض عند المزني ، وانغماره بالنسبة إلى ما في الاسلام من الفضل ، والكلام والخلاف في هذه المسألة يقرب من الخلاف فيما إذا شرط أنه خصي فوجدته فحلا ، والمخالف هنا أبو الحسن العبادي ، فيحتمل أن يكون العبادي يوافق المزني هنا ، والمزني يوافقه هناك ، ويحتمل ألا يكون كذلك ، ويفرق

كل منهما ( أما ) العبادى فان الخصاء عيب عند الاطلاق ففواته كمال •  
والكفر عند الاطلاق لا يرد به ( وأما ) الزنى فلان فضيلة الاسلام  
عظيمة لا يوازنها شئ فيجبر ما فات من الغرض المالى اليسير بخلاف  
الفحولة فان الغرض فيها وفي الخصاء متقاربان فيتبع ما شرطه •

( فرع ) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في  
النكاح على الأصح أن النكاح بعيد عن قبول الخيار ولهذا لم يثبت فيه  
خيار المجلس ولا خيار الشرط ، وهذا الفرق انما يحتاج اليه اذا قلنا  
بصحّة النكاح وهو الأنظر ولنا قول آخر أنه غير صحيح لاعتماد  
الصفات فتنتفى المسألة •

( فرع ) صورة مسألة الكتاب فيما اذا كان المشتري مسلما  
والبائع مسلما فلو كان المشتري كافرا اكتفت على شراء الكافر للمسلم  
( والأصح ) فساداه • ولو كان البائع كافرا نفى رد العبد المسلم عليه  
بالعيب خلاف ( الأصح ) جوازه هيأتى فيه أيضا •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيبا ثبت له الرد ، لان  
الثيب دون البكر ) •

( الشرح ) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المالية ،  
وهى من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة ، والمشهور أنه  
لا فرق بين أن تكون الجارية المشتراة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة •  
وعن أبى الحسين أن أبا اسحاق قال : لا خيار اذا كانت مزوجة ،  
لأنها وان كانت بكرا فلاقتضاؤا مستحق للزوج ولا غرض للمشتري  
في بكارتها ( والصحيح ) الأول ، لأن الزوج قد يطلقها أو يموت فيحصل  
له ذلك •

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشتراها على أنها ثيب فوجدتها بكرًا لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل من الثيب ، ومن أصحابنا من قال : يثبت له الرد ، لأنه قد يكون ضعيفا لا يطيق وطء البكر فكانت الثيب أحب إليه ، والمذهب الأول ، لأنه لا اعتبار بما عنده وإنما الاعتبار بما يزيد في الثمن والبكر أفضل من الثيب في الثمن ) •

( الشرح ) القول بأنه لا يثبت الرد وهو الأصح عند القاضي أبى الطيب والرافعى وغيرهم ، والوجه الآخر مستنده ما ذكره المصنف ، وهذه المسألة القاتت فيها الغرض دون المالية ، ففى تشارك فى ذلك شرط الفحولة والاسلام لكن فى تينك المسألتين لا خلاف أن الخلف مثبت للخيار لقوة الغرض ، وههنا الغرض ضعيف ، فانه خاص به وليس بعام ، وكان شرطه السبوطه فى الشعر أو البياض ، فيخرج جعدا أو أسود فى كل منهما خلاف كمسألتنا هذه • الصحيح أنه لا رد فى المسائل الثلاث كما لو شرط كون العبد أميا فبان كاتبا ، أو كونه فاسقا فبان عفيفا •

ولو شرط الجعود والسواد فبان سبطا أو أبيض • فثبت الخيار وجها واحدا ولو شرط البكارة فأتت ثيبا ، وإن استنكرت اشتراط الجعود وغيرها فى الشعر من جهة أن الشعر يجب رؤيته ( فالحجواب ) عنه قد تقدم فى أول الباب عند قول المصنف : إذا اشترى جارية وقد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة ، ولو أنه اشترى على أنه عدل فبان فاسقا ثبت الخيار وعكسه لا خيار بلا خلاف ، قاله الرويانى •

( فرع ) لو شرط كونه مختونا فبان أقلف فله الرد ، وبالعكس لا رد • قال فى التتمة : إلا أن يكون العبد مجوسيا ، وهناك مجوس يشترون الأقلف بزيادة • فله الرد ، وقد تقدم هذا وسؤال عليه قريبا ، ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو ، وهو من القسم الأخير الذى لا مالية فيه • ولا غرض مقصود •

( فسر ) اذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة ، وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب ، فله أخذ الأرض على التفصيل الذي تقدم ، قاله صاحب التتمة •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باعه حيوانا على انه بغل فوجده حمارا ، او على انه حمار فوجده بغلا فقيه وجهان ( احدهما ) ان البيع صحيح ، لان العقد وقع على العين ، والعين موجودة ، فصح البيع وثبت له الرد ، لانه لم يجده على ما شرط ( والثاني ) ان البيع باطل ، لان العقد وقع على جنس فلا ينعقد في جنس آخر ) •

( الشرح ) الشروط المتقدمة كانت في الصفات ، ولا شك ان تبدل الصفة والخلف أسهل من ذلك في الجنس ، فذكر المصنف هنا اشتراط الجنس ، ومثل بالمثاليين المذكورين ليعلم انه لا فرق بين أن يجده أعلى من الجنس الذي شرطه أو دونه ، وفيها جميعا وجهان ، وقد حكيتها وأطلقت الكلام فيها في باب الربا في الصرف العين ( والمذهب ) الصحيح المنصوص البطلان — والوجه الآخر محكى عن صاحب الانصاح •

ولو باعه على انه ذكر فبان انه جارية • قال العمراني في الزوائد : صح البيع وله الخيار في أحد الوجهين • وقال أبو حنيفة : لا ينعقد ، وقد سبق في باب الربا عن الماوردي البطلان ، وذكر الراغب في كتاب النكاح فيما اذا قال : بعثك فرسى هذا ، وهو بغل ، أن الظاهر الصحة ، وهو يخالف ما قدمناه في باب الربا وكذلك قال عن الروياني في البصر أنه لو قال : زوجتك هذا الغلام وأشار الى ابنته صح النكاح • ولو باعه عبدا على أنه تركي فاذا هو من جنس آخر فهو من اختلاف الوصف ، فالبيع صحيح ، قاله الامام في باب بيع الغرر •

اذا عرف ذلك ( فان قلنا ) في اختلاف الجنس بالبطلان فلا كلام • وان قلنا : العقد صحيح ، وثبت الخيار فقد أطلقوا ذلك سواء أكان ذلك أجود أم أردأ ، كما نبه المصنف بالمثاليين عليه • ولو قيل : انه

إذا خرج أجود يكون كما لو شرط أنها ثيب فخرجت بكرا لم يبعد ،  
لأن القول هذا على الأجناس والصفات •

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده تسعة فهو بالخيار بين أن يأخذه بجميع الثمن وبين أن يرده ، لأنه دخل في العقد على أن تسلم له العشرة ، ولم تسلم له فثبت له الخيار ، كما لو وجد بالمبيع عيبا • وان وجده أحد عشر ذراعا ففيه وجهان ( أحدهما ) أن البائع بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين أن يسلمه بالثمن ويجبر المشتري على قبوله ، كما أجبرنا البائع إذا كان دون العشرة • ( والثاني ) أن البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم ما زاد على عشرة ، ولا إجبار المشتري على الرضا بما دون الثوب والمساحة من الأرض ، لأنه لم يرض بالشركة والتبعض ، فوجب أن يبطل العقد ، فان اشترى صبرة على أنها مائة قفيز فوجدها دون المائة ، فهو بالخيار بين أن يفسخ لأنه لم يسلم له ما شرط ، وبين أن يأخذ الموجود بحصته من الثمن ، لأنه يمكن قسمة الثمن على الأجزاء لتساويها في القيمة ، ويخالف الثوب والأرض لأن أجزاءها مختلفة فلا يمكن قسمة الثمن على أجزائها لأننا لا نعلم كم قيمة الذراع الناقصة لو كانت موجودة لنسقطها من الثمن ، وان وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز أخذ المائة بالثمن وترك الزيادة ، لأنه يمكن أخذ ما عقد عليه من غير أضرار ) •

( الشرح ) الذراع فيه لغتان التذكير والتأنيث كما ذكره جماعة من أهل اللغة وقال سيبويه : الذراع مؤنثة فعلى لغة التذكير جاء قول المصنف عشرة أذرع ، فوجده تسعة ، وعلى لغة التأنيث عشر أذرع فوجده تسعا •

( أما الأحكام ) فاعلم أنه تقدم الكلام في خلف الشرط في الصفة والجنس ، والكلام الآن في المقدار • وذكر المصنف فيه قسمين ( أحدهما ) ما يكون قسمة الثمن على المبيع فيه بالقيمة ( والثاني )

ما يكون بالأجزاء وقسم كلا من القسدين الى ما يحصل الخلف غيه بالنقصان ، والى ما يحصل بالزيادة خي أربع مسائل ، وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج الى تأويل وفكر . وأنا ان شاء الله تعالى أذكر طريقتهم وطريق غيرهم في ذلك ثم أبين وجه الاشكال ثم أردفه بما ييسره الله تعالى .

( الطريقة الأولى ) التي ذكرها المصنف وجمهور العراقيين ، منهم القاضي أبو الطيب القطع بالصحة في حالة النقصان في المتقوم والمثلى مع ثبوت الخيار للمشتري ، والقطع بالصحة في حالة الزيادة في المثلى في القدر المشروط خاصة بلا خيار ، والتردد في الزيادة في حالة المتقوم ، هل يصح ويكون للبائع الخيار ، وهو الأصح أو يبطل ؟ وهذه الطريقة هي التي أوردها القاضي حسين في آخر باب الشرط الذي يفسد البيع ، وغرضها في الثوب خاصة ، وصحتها الشاشي ، وعلى هذه الطريقة الصحة في القدر المشروط من المثلى بحصته من الثمن قولاً واحداً . وأما المتقوم فجمهورهم على أنه اذا أجاز يجيز بجميع الثمن . واختلف كلام القاضي أبي الطيب ، غفى التعليق وافق ذلك : وفي المجرّد قال : يجب بالقسط . قال ابن الصباغ : والأول أصح .

( الطريقة الثانية ) ذكرها الشيخ أبو حامد ولم يصرح بها الا في الثوب خاصة قال : لو قال : بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري في أن يمسك بكل الثمن أو يرد . ولو خرج احدى عشر فالمنصوص أن الخيار يثبت للبائع . ومن أصحابنا من خرج ههنا قولاً آخر أن البيع يبطل ، وهذا اذا قال له بعثك هذا الثوب وهو عشر أذرع ، وأما اذا قال بعثك على أنه عشر أذرع فخرج تسعا أو احدى عشرة ، غفى صحة البيع قولان ، كما لو تزوجها على أنها بكر فخرجت ثيباً . هكذا رأيت في تعليقه التي عندي بخط مسلم الدارني تلميذه ، مع أن الذي في التجريد للمحاملي يوافق ما ذكره المصنف والجمهور ، والتجريد مأخوذ من تعليقه البنديجي عنه .

( الطريقة الثالثة ) طريقة صاحب التقریب والخراسانيين والقاضي حسين على ما ذكرته في باب الربا ، والشيخ أبو محمد والامام والغزالي

والرافعى اطلاق الخلاف فى حالتى النقصان والزيادة فى المتقوم والمثلّى ، وفرضها الامام فى الأرض والقاضى حسين فى الصبرة والغزالي فى الصبرة أيضا ، والرافعى فى الأرض ، ثم قال : ويقال بهذه المسألة ما اذا باع الثوب عن أنه عشر أذرع أو القطيع على أنه عشرون شاة ، أو الصبرة على أنها ثلاثون صاعا وحصل نقص أو زيادة • ومنهم من يحكى الخلاف فى ذلك وجهين ، وأكثرهم يحكى قولين •

( وأظهرهما ) عندهم الصحة تغليبا للإشارة وتنزيلا لخلف الشرط فى المقدار منزلة خلفه فى الصفات ، وبهذا قال أبو حنيفة ( والثانى ) أن البيع باطل لأن قضية قوله بعثك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعا وقضية الشرط أن تدخل الزيادة فى البيع ، فوقع التضاد وتعذر التصحيح ، فعلى طريقة هؤلاء ( ان قلنا ) بالبطلان فذاك ( وان قلنا ) بالصحة ففى حالة النقصان أن يكون الخيار للمشتري ، واذا أجاز فهل يجيز بجميع الثمن أو بالقسط ؟ فيه قولان ( أظهرهما ) هنا الأول بخلاف نظائره من تفريق الصفقة • وفى حالة الزيادة اختلف هؤلاء فى الصبرة ، هل تكون الزيادة للبائع أو للمشتري ؟ على وجهين حكاهما صاحب التتمة وغيره واقتضاء كلام صاحب التتمة التسوية بين الأرض وبينها ، لكن فى كون الزيادة للبائع فى مسألة الأرض والثوب اشكال لابهام المبيع ، وسيأتى فى كلام الماوردى ما يدفع هذا الاشكال وينبغى أن يحمل على الاتساع لكنه مشكل من جهة أخرى ، فاذا قلنا : الزيادة للبائع فى مسألة الصبرة أو فى الجميع ان أمكن القول به ، فهل للمشتري خيار ؟ وجهان •

( أحدهما ) نعم لأنه لم يسلم له المشار اليه ( والثانى ) لا ، لأنه شرط عشرة وقد سلمت له ، وهذا موافق لما قاله المصنف فى الصبرة •

( وان قلنا ) الزيادة للمشتري فلا خيار له ، ولم يذكر الرافعى غير هذا • وهل يثبت الخيار للبائع ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) نعم • وهذا هو القول الأول الذى ذكره المصنف فى الثوب والأرض فى حالة الزيادة ، وهو الذى صححه فيها ابن أبى عصرون وغيره ، فاذا أجاز

كانت كلها للمشتري • ويطلبه للزيادة بشيء ( والثاني ) واختاره صاحب التهذيب أنه لا خيار للبائع ، ويصح البيع في الجميع بجميع الثمن ، وينزل شرطه منزلة شرط كون المبيع جيفا فيخرج سليما لا خيار له فإذا قلنا بالصحيح فقال المشتري : لا نفسخ فأنا أقنع بالقدر المشروط شائعا ولك الزيادة • فقد حكى صاحب التقريب في ذلك قولين ، وحكماهما غيره وجهين ( أظهرهما ) أنه لا يسقط • ورجح ابن سريج السقوط في جوابات الجامع الصغير لمحمد<sup>(١)</sup> ولو قال : لا تفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك • ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف • هذا تهذيب الطرق المنقولة • وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فنتوقف على مقدمات •

( أحدها ) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام رحمه الله في باب النهي عن بيع الغرر ( أحدها ) خلف شرط جنس المبيع • والصحيح البطلان ( والثاني ) خلف شرط الوصف فيه والتفريع على الصحة • ولا تفريع على القول القريب الذي حكاه الحناطي ( والثالث ) خلف شرط الصفة في النكاح ، وفيه قولان ( أظهرهما ) الصحة ( والرابع ) تفريق الصفة من جهة الحاق القدر بالجزء على ما سأيينه •

( الثانية ) أن الغرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا ، فإن الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطراً عليه وتزول ، فإذا أخلف فالصحيح البطلان لغوات مورد العقد ، وليس ذلك نظرا الى العبارة فقط ، بل لمجموع الاشارة والعبارة ودلالتهما على ما ليس بموجود ، والتعليل الآخر ينظر الى الاشارة وحدها ، ويلغى العبارة وهو بعيد وأما الوصف في المبيع فليس في هذه الرتبة وان كان مقصودا ، ولكنه قد يطرح ويغتفر ومورد العقد هو الجنس المعين فلذلك عند لغوات الوصف لم يبطل المبيع • وأما المقدار فالغرض يتعلق به أكثر من الوصف وأقل من الجنس فهو متردد بينهما وله شبه بالجزء ، لأن المقدار يصح أن يكون موردا للعقد بخلاف الوصف في النكاح من

(١) يعني محمد بن أحمد الدارمي • ( المطبوع ) •

جهة أن الغرض الأعظم في المنكوحة الأوصاف ( الثالثة ) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط الغرض في المقدار عن الجنس . وذلك يوجب أن هذه المسألة أولى بالصحة من تلك ، ثم ان ألحقنا المقدار بالوصف في المبيع اقتضى الصحة في جميع الصور ، وأنه عند ظهور الزيادة لا يكون للبائع خيار . كما قاله صاحب التهذيب .

وان ألحقناه بالوصف في النكاح وجب أن يجري الخلاف في حالة النقصان في المتقوم والمثلى ، وأن يصح حالة الزيادة فيهما من غير خيار ، والعراقيون قطعوا بالصحة حالة النقصان ، وقطعوا في زيادة المثلى بالصحة ، وأن الزيادة للبائع ، وترددوا في زيادة المتقوم ، وهذا السؤال كما أنه وارد على العراقيين هو وارد على الخراسانيين في قول بعضهم : ان الزيادة للبائع ، وقول بعضهم : انها للمشتري وللبائع الخيار كما قاله الراعي فان الوصف ليس هكذا ، بل اذا خرج زائداً كان للمشتري قطعاً بغير خيار ، فما مشى على جعله كالوصف من كل وجه الا صاحب التهذيب على أنه يلزمه أن يقول عند النقصان : انه اذا أجاز في المثلى يجيز بكل الثمن ، وما أظنه يقول به .

وان ألحقنا المقدار بالجزء ففي حال النقصان قد اقتضى الشرط ادخال شيء مع الموجود في البيع ، فكأنه باع موجوداً ومعدوماً فيخرج على تفريق الصفقة ، وينبغي على هذا البطلان على الأصح في تفريق الصفقة أنه اذا جمع بين معلوم ومجهول يبطل ، فان المعدوم لا يعرف قيمته ، وفي حال الزيادة والاشارة شاملة للجميع ، والعبارة في الشروط مخرجة للزائد فيبطل فيه ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة وينبغي على هذا أنه في المثلى يصح على الأصح ، وفي المتقوم يبطل الابهام فانه غير مميز ولا يمكن تقويمه ، وهذا أيضاً وارد على العراقيين — أما العراقيون فظاهر لفظهم بالصحة في الصور الثلاث . وتصحيحهم الصحة في الصورة الثانية — وأما الخراسانيون فلأنهم يصحون الصحة في الجميع ، مع اجراء الخلاف .

وقال الامام بعد ذكره الأصول المذكورة : ان خلف المقدار في المبيع أولى بالخلاف من خلف الصفات في النكاح ( قال ) والبيع أقبل للفساد

بالشرط ، ثم قال الامام : فالذى يقتضيه الترتيب بعد تمهيد ما ذكرناه ترتيب مسألتنا في الصحة والفساد على التفريق في الصفة ، وهذه المسألة أولى بالصحة ، وان رتبناها على خلف الصفات في النكاح فمسألتنا أولى بالفساد ، قال : والذي به الفتوى صحة البيع ، هذا كلام الامام ، وأما كلام الغزالي فإنه اختار في حال الزيادة التخريج على تفريق الصفة ، وفي حالة النقصان التخريج على الإشارة والعبارة ومقتضى ذلك أنه عند الزيادة لا يصح في القدر الزائد قطعاً ، ويصح في الباقي على الأصح وهذا سيأتى له في الصبرة ، وهي التي تكلم فيها •

أما المتقوم فلا يأتى على هذا التخريج الآن فساد كما تقدم — وأما تخريجه في حالة النقصان على الإشارة والعبارة ، فالإشارة والعبارة مختلفة ، غفى الجنس اذا قال : بعثك هذه الثبة • وكانت بقرة الأصح البطلان ، والفتيا هنا على خلافه وفي النكاح اذا قال : زوجتك هذه عائشة فكانت فاطمة ، الأصح الصحة ، لكن مقتضاه أن يصح في جميع الصبرة ولم يقولوا به على الأصح ، وقد استشكل الامام قول العراقيين وقال : ذكر العراقيون هذه المسألة ، وحكموا بأن المساحة اذا نقصت عن المقدار المذكور صح البيع قولاً واحداً ، وان زادت غفى صحة البيع قولان ، ولا يكاد يظهر فرق بين النقصان والزيادة ، وطرده صاحب التقریب ، وسيجيء القولان في الصورتين •

( قلت ) وهذا على ما هو المشهور عن العراقيين ، وقد تقدمت طريقة عن الشيخ أبى حامد بأحد القولين في الصورتين في الصيغة المصرحة بالشرط ، فهذا تلخيص الاشكال في هذه المسألة ، وتلخيصه في ثلاثة اشكالات •

( أحدهما ) على المشهور عن العراقيين في فرقهم بين النقصان والزيادة ، وهو سؤال الامام ، وفي فرقهم في الزيادة بين المتقوم والمثلى •

( الثانى ) على الشيخ أبى حامد في فرقته بين أن يقول : انها عشرة أذرع ، فيجرى القولان ، وبين أن يقول : وهى عشرة أذرع ، فيفرق

بين النقصان والزيادة ، وان كانت هذه الصيغة شرطا فينبغي الخلاف فيها ، أو لا فلا ينبغي الخلاف فيها •

( الثالث ) عليهم وعلى الامام والخراسانيين أو زيادة الصبرة ، تكون عند بعضهم للبائع ، وقول الرافي وبعضهم انها للمشتري ، وللبيع الخيار ، وعلى الامام أعظم حيث اختار التخيير على تفريق الصفقة ، ومع ذلك اختار الفتوى بالصحة مطلقا ، وقد عرفت أن التخيير في بعض الصور يقتضي خلاف ذلك ، وصاحب التهذيب سالم من هذه الاشكالات ، لكن قوله مخالف للاكثرين •

إذا عرفت هذا فنقول : ان الشافعي رحمه الله نص في البويطي على ما نقله القاضي أبو الطيب وغيره من الأصحاب : على أنه إذا اشترى صبرة على أنها مائة كد فلم يصب الا خمسين ، فهو مخير ان شاء أخذها بحصتها ، وان شاء مسح البيع فهذا النص يرد القول بالبطان ، ويقتضي الصحة اما قطعاً — كما قال العراقيون — واما أنه الراجح ، ويقتضي أيضا رد القول بأنه يخير بكل الثمن في المثلى ، كما يقتضيه اطلاق الرافي ومن تقدمه من الخراسانيين ، فمن جهة اقتضائه الصحة يرد القولين بتخريجه على تفريق الصفقة ، والقول بالنظر الى العبارة وحدها وقطعها عن خلف الشرط في الجنس ، ومن جهة قوله : انه يجيز بالحصة يقتضي عدم الحاقها باشتراط الوصف من كل وجه ، اذ لو كان كذلك لأجاز بالكل كما اذا اشترى شيئا على شرط السلامة أو زيادة وصف فخرج بخلاف ذلك •

فانه اذا أجاز لا يسقط من الثمن شيء ، وكان ذلك لما قدمته من ارتفاع الغرض في القدر عن الوصف ، وانحطاطه عن الجنس ، فجعل له حكم بحصته وألحق في الصحة بالوصف من جهة أن الصبرة المشاهدة المعينة باقية بحالها ، فلم تكن كاخلاف الجنس وأثبتنا الخيار للمشتري لفوات غرض مقصود ، وألحق في الاجازة بالقسط بالجزء لشدة الغرض فيه ، ولم يجعل كتفريق الصفقة من جهة أنه لم يجعل موردا للعقد ، وانما أتى به على صورة الشرط والمبيع الصبرة المشاهدة لا الصبرة وشيء آخر ، فلذلك كان الحكم المذكور من الصحة والاجازة بالقسط مقطوعا به عند الكثير من العراقيين على وفق النص •

وقال أبو الطيب : انه لا يختلف أصحابنا فيه وإذا ثبت الخلاف عند غيرهم فالأصح كذلك الصحة ، كما صرحوا به ، وإجازة بالقسط خلافا لما يفهمه اطلاق الراجحى — هذا فى حالة النقص اذا كان المبيع مثليا ، فان كان منقوماً فالحكم بالصحة باق لهذا المعنى ، والحكم بالإجازة بالقسط متعذر ، لأنه لا يمكن قسمة الثمن على أجزائها كما قاله المصنف ، فخيرنا المشتري بين الإجازة بالجميع والفسخ وأما فى حالة الزيادة فيجب المحافظة على هذين المعنيين ، وهما الإلحاق بالوصف من وجه ، وبالأجزاء من وجه فمن جهة الحاق المقدار بالجزء يقتضى أن ذلك المقدار الزائد لا يسلم للمشتري كأوصاف السلامة اذا شرط عدمها ، وكانت موجودة ، بل يكون هذا الزائد يبقى للبائع لأنه مستقل ، يمكن إيراد العقد عليه فان أمكن ذلك كما فى المثلى أقيمت الزائد للبائع ، وقتلنا الحاقه بالجزء لتعلق غرض البائع به كما يتعلق غرض المشتري به فى حالة النقصان ، ويكون المقدار المشروط من المثلى للمشتري لتطابق الإشارة والعبارة عليه ، ولا يسقط من الثمن شئ لأنه لم يقف عليه شئ مقصود وخروج بعض الصبرة المشاهدة مع حصول جنس المبيع وقدره الذى تعلق العرض به لا يزيد ، ولا يثبت خيارا ، لأنه لم يفت غرض مقصود عن المشتري ، ولا محذور فى ذلك ، فان المشتري يكون شريكا للبائع فى الصبرة ويتقاسمانها بغير حذر .

وأما فى المتقوم فالقول بالتصحیح يؤدي الى أن يكون مورد العقد منهما وهو فاسد ، ومشاعا ويؤدي الى ضرر القسمة ، فترددنا بعد ذلك ، فمن قائل يقول : انا فى هذه الصورة نجعل البيع باطلا لهذا المعنى ، وهذا هو القول المخرج ، وهو ظاهر بهذا التقرير ، ولا يلزم طرده فى بقية الصور ، ومن قائل يقول : ان هذا المحذور يندفع اذا رضى البائع بتسليم الجميع بالثمن فيصح ويثبت الخيار للبائع ، لكن ههنا يجب على القول بالصحة وعلى القول بالبطلان ، أما على القول بالصحة وهو المنسوب الى النص فهل انه صح فى الجميع بالثمن وللبيع الخيار ؟ أو صح فى المقدار المشروط ؟ واذا تبرع البائع بتسليم الجميع لزم ان قلنا بالأول فلم لا قيل بذلك فى الصبرة اذا خرجت زائدة ؟ .

وظاهر كلامهم وقولهم أن يأخذ المقدار ويترك الزيادة أن العقد

لم يشل الزيادة ويحتل أن يكون العقد شملها ، ويكون مرادهم أنه لا يبرم البائع بتسليمها لكن العبارة لا تؤدي هذا المعنى . وان قلنا بالتالي كان ذلك سالما في الصبرة ، ولكن في الثوب والأرض مشكل ، لأن العقد يكون قد ورد على مبهم مجهول ، فيكون باطلا من أصله ولا ينجبر ذلك برضاء البائع بتسليم الجميع ، فطريق الخلاص عن هذا الاشكال بسا سيأتي عن الماوردي أنه على قول الصحة يصح في جزءه سائغ ، لكن ذلك غيما اذا ذكر الثمن مفصلا لا مجملا ، أما اذا ذكره مجملا فسيأتي ، وأما على القول بالبطلان عند زيادة المتقوم فهل معنى ذلك أن العقد باطل من أصله ؟ أو أنه يفسخ عند التشاح لتعذر امضائه ؟

أن قلنا بالأول وهو الأسبق الى الفهم من كلام الأصحاب فغلة المصنف لا تقتضى ذلك ، لأنه علل بأنه لا يمكن اجبار البائع ، ولا اجبار المستري ، ومقتضى ذلك أنهما اذا تراضيا صح وأقر العقد ، كما قال هو وأكثر الأصحاب في بيع الصبرة بالصبرة كيلا بكيل اذا خرجتا متفاضلتين ، وليس من جنس واحد ، فيحتل أن ينزل القول بالبطلان على هذا المعنى ، وحينئذ لا يلزم طرده في شيء من الصور الثلاث وينزل قول الصحة على أنه يصح في الجميع ثم يسترجع البائع في المثلى ، ان شاء الزيادة بغير تقسيط ، وفي المتقوم لا يمكنه استرجاع الزيادة وحدها فيفسخ ، هذا ما ظهر لى في ذلك ، وأظنه صوابا وان كان الأسبق الى الفهم من كلام الأصحاب خلافه .

( فائدة ) قد نبهت بما تقدم على السبب الذى اقتضى الاجازة ههنا في المتقوم بجميع الثمن بخلاف أخواته من صور تفريق الصفقة ، وعلى أنه في المثلى يجيز بالقسط من غير خيار ، بخلاف ما يقتضيه كلام الراعى من أنه يجيز بالكل ، ونص الشافعى في المثلى بخلافه .

( فائدة أخرى ) صورة هذه المسائل ليست على إطلاقها ، بل هي على ثلاثة أحوال ، ( أحدها ) أن يذكر الثمن جملة من غير تفصيل ، كقوله : بعثك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع ، فالحكم على ما تقدم .

( الثانية ) أن يذكره مفصلا ولا يذكره مجملا كقوله : بعثك هذه الأرض على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد ذكرها صاحب التتمة على ما تقدم ومثل بالأرض والثوب والقطيع • وقال الماوردي في الأرض والثوب : ان خرجت تسعة ثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والاجازة بحسابه من الثمن • وهو في ذلك موافق لما تقدم عن القاضي أبي الطيب في المجرّد ، والصحيح خلافه ، وأنه يجيز بكل الثمن • قال الماوردي : وان خرجت أحد عشر فقولان ( أحدهما ) يبطل العقد ( والثاني ) يصح في عشرة ، ويكون البائع شريكا بالمباقي على الانساعة ، ويثبت للمشتري الخيار ، والماوردي في هذا أيضا موافق لأحد الوجهين أن الزيادة تكون للبائع ، وفيه ما تبين أن القائل بذلك يقول بالشركة في الثوب والأرض ، فيندفع عنه اشكال الابهام ، وكأنه يجعل ذلك كما لو باع ذراعا من دار وهما يعلمان ذرعانها ، لكن هذا ظاهر فيما اذا ذكر تفصيل الثمن فقط ولم يذكر جملة ، أما اذا ذكر جملة ولم يذكر تفصيله فينبغي على قول الماوردي أنه يجيز بالقسط ، والذي ذكره المصنف والأصحاب يقتضي أنه يجيز بالكل •

( الحالة الثالثة ) أن يذكر جملة الثمن وتفصيله مقسما على الأذرع كقوله بعثك هذه الأرض بعشرة دراهم على أنها عشر أذرع كل ذراع بدرهم ، فقد تقدم نظير ذلك في كلام المصنف في باب الربا فيما اذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير كيلا بكيل ، وخرجتا متفاضلتين وتقدم هناك طريقان ( أحدهما ) عن المصنف وأكثر الأصحاب أنه اذا رضى صاحب الزيادة بتسليم الزيادة أقر العقد وأجبر الآخر على القبول ، وان رضى صاحب الناقصة بقدر صبرته من الزائدة أقر العقد ، وان تشاحا فسخ ، وقياس ذلك أن نقول هنا : اذا فصل الثمن على المبيع كما مثلناه سواء أكان معينا أم في الذمة أن يأتي التفصيل المذكور هنا ، اما أن يتشاحا أم لا ، ووجه ترتيب الحكم بين •

( والطريق الثاني ) عن صاحب التهذيب حكاية قولين ( أحدهما ) البطلان وقياسها أن تأتي هنا أيضا ، فعلمنا أن فرض المسائل فيما اذا لم يجمع بين جملة الثمن وتفصيله ، وكلام المصنف ظاهر في أنه انما أراد حالة ذكر الثمن جملة فقط ، ألا ترى الى قوله بجميع الثمن ؟ والثمن الفصل لا يعرف جميعه •

(فائدة أخرى) غرض هذه المسائل في شيء واحد مكتوب أو أرض ونحوهما فلو باعه رزمة ثياب بعد رؤية ما فيها ، كل ثوب بدينار على أن فيها عشرة أثواب فكان فيها تسعة قال الماوردي : البيع جائز للمشتري أن يأخذها بالقسط من الثمن • قال : ولو زادت ثوبا غالبيع في جميعها باطل قولوا واحدا ، بخلاف الأرض والثوب إذا بيعا مزارعة ، لأن الثياب قد تختلف وليس يمكن أن يكون الثوب المزائد مشاعا في جميعها ومساويا لباقيها ، وما زاد في الثوب الواحد والأرض فمقارب لباقيها ، ويمكن أن يكون مشاعا في جميعه •

(قلت) وقوله في النقصان أن يأخذ بالقسط ، موافق لما تقدم عنه في الثوب الواحد ، والأصح هناك خلافه ، وقوله في حالة الزيادة : يلتفت على البحث المتقدم على قول التصحيح في الثوب الواحد أن جعلناه على سبيل الاشاعة كما قال الماوردي فبنسبتها قاله هنا ، وإن جعلنا الصحة في الجميع فلا ، والله أعلم •

(فائدة أخرى) القائل بالبطلان عند الزيادة هو ابن سريج نقله عن القاضي حسين قبل باب بيع حبل الحبله صورها في الصبرة ونسب الصحة الى النص ثم قال وكذلك حكم الثوب ، وقال أبو حنيفة : في الصبرة يجيز العقد في ذلك القدر بحصته من الثمن ، وفي الثوب يأخذ الجميع بجميع الثمن ، وفرق بأن الذرع صفة في الثوب كالطول والقصر ، وأما مالية الحنطة والشعير فمقاديرها ، ولهذا أوجب الشرع التساوي في المقدار في بيع بعضها ببعض والثمن يتقسط على المقادير دون الصفات ، وأجاب الأصحاب بأن الذرع طريق للتقدير في العادة ، كالكيل والوزن ، فلا فرق بينهما •

(فائدة أخرى) النص المنقول عن البويطي رأيت مثله في الأم في آخر باب الثنيا عقب الكلام الذي سأحكيه عنه ، في بيع العبد الجاني إذا قتل في يد المشتري قال الشافعي : لأن العيوب في الأبدان مخالفة بعض العدد — ولو كان المشتري كيلا معيناً كان هكذا ، وإذا كان ناقصا في الكل أخذ بحصته من الثمن إن شاء صاحبه وإن شاء فسخ فيه البيع انتهى — وهذا فيه زيادة فائدة ، وهو نصه على الفرق بين الوصف

والمقدار كما قلته أولا ، لقوله : ان العيوب في الأبدان مخالفة نقص العدد .

( فائدة أخرى ) أكثر الأصحاب انما صوروا ذلك في الأرض والثوب ، وصورها الزبيرى في المتقضب في الدار فاستفيد منه أن حكم الدار حكم الأرض وقطع بالبطلان في حالة الزيادة كما هو الوجه الثاني في الكتاب .

( فرع ) مر خلف الشرط قال أبو عاصم العبادى : اذا اشترى أرضا عليها خراج بحق ثلاثة دراهم بشرط أن عليها درهما اذا علم المشتري ذلك فالبيع باطل وان لم يعلم فهو بالخيار ( قلت ) وكذلك قاله ابن القطان في المطارحات ، وفي البطلان اذا علم نظر وينبغي أن يكون هذا الشرط لا أثر له ، ولعل مأخذ ذلك أن مقتضى الشرط أن لا يلزم بأكثر من ذلك ، وحينئذ يتجه البطلان ، والله تعالى أعلم .

( فرع ) المشهور في المذهب أنه اذا باع جارية وشرط حملها بطل البيع وقيل : يصح في الآدميات ، لأنه عيب ، ولهذا ألغى ، قال المرعى في ترتيب الأقسام : يصح من البائع ولا يصح من المشتري .

( قلت ) فاذا قلنا بهذا واشترطه فأخلف هل نقول : ليس للمشتري الرد كما لو شرط أنه معيب وخرج سليما أو له الرد ، لأن الحمل يقاربه قسط من الثمن فيه نظر واحتمال ، وهذا الذى قاله المرعى هنا يوافق التفصيل في شرط ترك الوطء في النكاح ، وذلك أن الشارط هو الذى له غرض في اثبات ذلك الشرط والمشروط عليه ليس له غرض الحمل ، وانما الغرض للبائع في براءته من المهددة بسببه ، وعلى هذا الاسعاف الشارط ، وليس المشروط مقصودا له وهذا معنى صحيح ، وان كان الراعى استشكله هناك ، فالمشتري هنا ليس له غرض في يقوى أنه اذا أخلف لا يثبت الرد والله أعلم . أما اذا كان الشارط هو المشتري فيظهر أن له الرد ، لأن الحمل — وان قلنا : انه عيب — الا أنه زيادة من وجه كما صرحوا به في الصداق .

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان باع عبدا جانيا ففيه قولان ( أحدهما ) أن البيع صحيح ، وهو اختيار المزني ، لأنه ان كانت الجناية عمدا فهو عبد تعلق برقبته قتل فصيح بيمة كالعبد المرتد ، أو يخشى هلاكه وترجى سلامته ، فجاز بيعه كالمريض ، وان كان خطأ فلأنه عبد تعلق برقبته حق بغير اختياره ، فلا يمنع من بيعه ( والقول الثاني ) أن البيع باطل لأنه عبد تعلق برقبته دين آدمي فلا يصح بيعه كالمرهون ) •

( الشرح ) ذكر المصنف بيع العبد الجاني في التنبيه في باب ما يجوز بيعه وذكره في المذهب في هذا الموضع ، وكذلك المزني والأصحاب ومقصودهم بذلك التفريع الذي عليه ، فإنه مقصود في هذا الباب ، والقولان منصوصان • قال الشافعي في مختصر المزني : ولو باع عبده وقد جنى ففيها قولان ( أحدهما ) أن البيع جائز كما يكون العتق جائزا ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرث جنائيته ( والثاني ) البيع مفسوخ من قبل أن الجناية في عنقه كالرهن فيرد البيع ويبيع ، فيعطى رب الجناية جنائيته ، وبهذا أقول ، إلا أن ينطوع السيد بدفع الجناية أو قيمة العبد ان كانت جنائيته أكثر ، كما يكون هذا في الرهن قال المزني : كما يكون العتق جائزا تجوز منه للعتق وقد سوى في الرهن بين ابطال البيع والعتق ، فإذا جاز العتق في الجناية فالبيع جائز مثله انتهى — والقول بالجواز مذهب أبي حنيفة وأحمد ، واختيار المزني ، ورجحه الغزالي ، والقول بالبطلان اختيار الشافعي كما نص عليه في الأم ، هذا كلامه لقوله : وبهذا أقول : وكذلك صححه الجمهور ، واحتجوا للجواز بما ذكره المصنف من الحاقه اما بالمرتد واما بالمريض ، وكلاهما يصح بيعه ، هذا ان كانت الجناية عمدا ، وان كان خطأ فتعلق العتق برقبته بغير إذن السيد ، وبهذا غارق المرهون • واحتج المزني بالعتق وأن الشافعي جوزه أي في العبد الجاني ، فليجز البيع وبأن الشافعي سوى بينهما في البطلان في الرهن فليسو بينهما هنا في الصحة •

واحتج أبو حنيفة بأن الأرش في رقبته غير مستقر ، لأن للسيد أن يفنديه وبهذا يفارق الرهن أيضا ، واحتجوا للبطلان بالقياس على

الرهن كما ذكره المصنف بأن الجنائية أكد من الرهن ، لأن العبد المرهون اذا جنى بيع في الجنائية وبطل الرهن ، فاذا كان الرهن يمنع صحة البيع فالجنائية أولى ، وأجاب الأصحاب عن الزام المزنى للشافعي بأن البيع فيه قولان ( فان قلنا ) البيع جائز فالعتق أولى ( وان قلنا ) البيع لا يجوز ففى العتق الاقوال الثلاثة التى فى المرهون ، فليس العتق متفقا عليه حتى يقاس عليه •

( قلت ) وهذا الجواب فيه نظر ، فان المزنى ما أراد قياس البيع على العتق ابتداء من عند نفسه حتى يرد عليه بالخلاف فيه ، بل لما قاس الشافعي عليه استدل من كلام الشافعي على أنه يجوزه ، فالزمه بتجويز البيع ، والطريق فى الجواب على هذا التقرير أن كلام الشافعي يقتضى أن يكون قائل القول الأول يرى العتق جائزا مشبه به البيع ، اما بطريق التشبيه ، واما بطريق القياس عند ذلك القائل والشافعي قد قال : ان القول الثانى قوله ، وسكت عن العتق ، فلا يلزمه أنه هو جازم أو مرجح لجواز العتق حتى يلزم به ، ولعل هذا مراد الأصحاب بجوابه •

وأما قول المزنى : ان الشافعي سوى بين البيع والعتق فى الرهن فى الابطال فليسو بينهما هنا يعنى وقد قال بصحة العتق فليقل بصحة البيع لتحصل التسوية وأجاب الأصحاب بجوابين ( أحدهما ) أن الشافعي لم يسو بينهما فى الرهن ، بل خالف بينهما لأن البيع فى المرهون يبطل قولاً واحداً ، وفى عتقه ثلاثة أقوال هكذا ، بحيث يختلف هذا الجواب •

( الثانى ) أن هذا الاستدلال بالعكس ، ولا يلزم الجواب عنه ، هكذا قال الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر ، لأن قياس العكس على هذه الصورة صحيح لأنه لو لم يصح بيع الجانى لما صح عتقه كالرهن ، فاننا نقيس الجانى على المرهون فى التسوية بينهما ، ثم التسوية بينهما اما فى المنع ولم نقل به لتجويزه العتق فليكن فى الجواز وأجاب هذا أننا نمنع أنه لم يقل به لما تقدم أنه ليس فى كلام الشافعي تصريح على القول الثانى بجواز العتق قال الأصحاب : ولا يلزم من جواز العتق

جواز البيع • لأن الأبق والمغصوب والمجهول والمبيع قبل القبض يجوز  
عنتهم ، ولا يجوز بيعهم • قال الماوردي : ان قياس العكس قال به

أكثر الفقهاء ، وان خالفهم أكثر المتكلمين ، وهو اثبات بعض حكم الأصل  
في الفرع باعتباره علة •

( قلت ) ومن المانعين من الاحتجاج بقياس العكس أبو حامد  
الاسفراييني كذلك نقل عنه أبو الوليد الباجي في الأصول ، فذلك منع  
هنا على طريقته ، وفرق القاضي حسين بينه وبين المرتد ، بأن المرتد  
مملوك منتفع به ارتكب كبيرة واستحق بها عقوبة الله تعالى • فلم يزل  
بها ملك المالك عنه ، ولا تدفع المزاحمة فيما يحدث بالشراء ، وهو الملك  
لكونه مملوكا لمالكه ، يعنى والمستحق في الجنائية وقعت فيه مزاحمة  
وحق المجنى عليه ، وهذا المعنى فارق بينه وبين المريض أيضا ، وفي  
كلام بعضهم طريقة قاطعة بالبطلان لقول الشافعي : وبهذا أقول ،  
وجعل القول بالجواز مخرجا ومسندا لتخريج الزام المزنئ لما فهم  
عن الشافعي القطع بالبطلان ، وحكى صاحب التتمة أن بعض أصحابنا  
خرج قولنا ثالثا أن العقد موقوف ، فان قدر نفذ ، وان لم يقدر بطل  
كالمفلس اذا باع بعض أعيان أمواله وقد تعرض الشيخ أبو حامد  
لهذا • وأنه اشتبه على بعض أصحابنا حتى خرج هذا القول وليس  
بشيء والاستنباه من قول الشافعي : يرد البيع الى قوله : الا أن يتطوع  
السيد ، وتأويل ذلك أنه يرد المبيع وهو العبد • وقوله « يتطوع السيد »  
يعنى بدفع الأرش أو القيمة ، فلا يباع العبد ، وليس معناه أنه الا  
أن يتطوع فيصح البيع ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين  
حتى ما نقله صاحب التتمة قولنا مطلقا من غير نسبة الى تخريج قال فاذا  
بيع وقتلنا موقوف ، فان أدى الأرش صح بيعه ولزم ، والا بيع ان  
استغرقه الأرش ، وان لم يستغرقه بيع بقدر الأرش وثبت الخيار  
للمشتري في الباقي ، فان أجاز فبحصته من الثمن ، وقد نقل ابن داود  
قول المصنف هذا • وبين أنه في جنائية الخطأ يسير الى أنه لا يجري  
فيه جنائية العمد ، قال : ومنهم من أنكره •

## قال المصنف رحمه الله تعالى

( وفي موضع القولين ثلاث طرق ( أحدهما ) أن القولين في العمد والخطأ ، لأن القصاص حق آدمي فهو كالمال ، ولأنه يسقط الى مال بالعفو فكان كالمال ، ( والثاني ) أن القولين في جنابة لا توجب القصاص . فأما فيما يوجب القصاص فلا تمنع البيع قولاً واحداً ، لأنه كالمرتد ، والثالث أن القولين فيما يوجب القصاص فأما فيما يوجب المال فلا يجوز قولاً واحداً لأنه كالمرهون ) .

( الشرح ) الطرق الثلاث حكاها الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب، وقال الشيخ أبو حامد : أن الطريق الثاني هو مذهب الشافعي لأنه قال فيها قولان ( أحدهما ) البيع جائز ، وعلى السيد الأقل من قيمته وأرث الجنابة . وألزم السيد المال ، ولو كان ذلك في الجنابة الموجبة للقصاص لقال : والولى بالخيار ، ثم قال : والقول الثاني أن البيع مفسوخ ويباع ويعطى رب الجنابة جنيته الا أن يتطوع السيد بدفع الجنابة ، وكل ذلك يكون في الجنابة الموجبة للمال .

( قلت ) وهذا استدلال جيد على ضعف الطريقة الثالثة ، وأما الطريقة الأولى فلا يبقى في كلام الشافعي دلالة عليها ، لأنه لم يتعرض للعمد . يبقى ولا اثبات ، فاجراء الخلاف فيه انما يكون بالتخريج ان صح القياس أو بنقل آخر ، أما هذا فلا ، ولا جرم كانت هذه الطريقة الثانية هي الصحيحة ، وإن الخلاف مقصور على حالة إيجابها المال فقط وممن صححه الرافي ، وقال ابن أبي عصرون : أن الطريقة الثالثة أصح الطرق وهو بعيد لما تقدم . والطريقة الأولى في الرافي ما يقتضى نسبتها لابن خيران . ومن القائلين بها من بنى القولين في العمد على أنه موجب ماذا ؟ ان قلنا : القود المحض صح بيعه كالمرتد وإن قلنا أحد الأمرين فهو كبيع المرهون . وكلام الروياني يدل على اختيارها ، فإنه قال : أن الأصح بطلان البيع عمداً أو خطأ .

ومن القائلين بالبناء المذكور ابن أبي هريرة ، ومن الأصحاب من قال : ولو جعلنا موجب العمد أحد الأمرين فحكمه هنا كما اذا جعلنا

موجبہ القصاص لا غیر لأننا علی هذا القول لا نثبتها بشاهد ویمین ،  
وشاهد وامرأتین • حکاه القاضی حسین مطلقا ، وعزاه ابن داود لصاحب  
التقريب • وأنه قال بجواز البیع فی الجانی عمدا علی القولین ، وهذا  
فی الحقیقة اختیار للطريقة الثانية •

وهذا كله حیث لا عفو ، فان عفا عن القصاص علی مال ثم عرض  
البیع كان حکمه كالخطأ یجرى فیہ طریقان خاصة ، اما جريان القولین ،  
واما القطع بالمنع وحکم شبه العمد والعمد الذی لا قصاص فیہ فی ذلك  
حکم الخطأ • وكذلك اذا أتلّف العبد مالا •

واعلم أنه قد تقدم ما یقتضی الفرق بین الجانی والمرتد من کلام  
القاضی حسین ، والفرق بینہ وبين المرهون من جهة أن الراهن حجر  
علی نفسه ، والفرقان یقتضیان وجهین ( الطريقة الأولى ) الا أن یلغی  
الفرق بینہ وبين المرتد وأما المرهون فالفرق ظاهر • قال الشیخ  
أبو حامد : کل حق تعلق بعین مال لانسان باختياره یمنع البیع قولاً واحداً  
كالرهن ، وكل حق تعلق بعین مال لانسان من غیر اختیاره فهل یمنع  
البیع أم لا ؟ علی قولین كما ذکرنا ههنا • وكما قلنا فی المال اذا وجبت  
فیہ الزکاة فباع رب المال قبل اخراج الزکاة بعد وجوب الحق فیہ من  
غیر اختیاره ، كان علی قولین (١) •

یعنی اذا قلنا : انها تتعلق بالمال تعلق رهن أو تعلق جنایة بعینه ،  
محل هذا الخلاف والطرق اذا كانت الجنایة متعلقة برقبته كما تقدم ،  
وباعه قبل الفداء وهو مؤسر • فلو كانت موجبة المال فی ذمته لم  
یمنع بیعه بحال ، وان تعلقت برقبته وباعه وهو معسر بطل • ومنهم من  
طرد الخلاف فیہ ، وحکم بأن الخيار للمجنی علیه ان صححنا ، وان  
باعه وهو مؤسر فان كان بعد الفداء صح ، وان كان قبله وقبل اختیاره  
فهو محل الخلاف ، وان كان قبل الفداء ولكن بعد اختیار الفداء فإطلاق  
صاحب التهذیب یقتضی الصحة ، وإطلاق الماوردی یقتضی طرد  
الخلاف ، وهو الأقیس ، لأن اختیار الفداء لیس بالتزام ، فله الرجوع  
عنه ولا یلزمه به شیء ، بل لو صرح بالتزام الفداء لم یلزمه علی أصح

---

(١) بیاض بالأصول •

الوجهين في الوسيط في آخر العاقلة قبيل القسم الرابع في دية الجنين ، بل لو قلنا باللزوم غفاية ذلك أنه ضمان ، فلم ينقطع التعلق بالرقبة به حتى يصح بيعه ، ولو باع العبد الجاني باذن ولي المجنى عليه فلا اشكال في الصحة .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( فاذا قلنا : ان البيع صحيح في قتل العمد فقتل العبد في يد المشتري ففيه وجهان قال أبو العباس وأبو علي ابن أبي هريرة : ان علم المشتري بالجناية في حال العقد لم يرجع عليه بالأرث ، وان لم يعلم رجع بأرث العيب ، لان تعلق القتل برقبته كالعيب لانه ترجى سلامته ويخشى هلاكه ، فهو كالمريض ، واذا اشترى المريض ومات وكان قد علم بمرضه لم يرجع بالأرث وان لم يعلم رجع . فكذاك ههنا ، فطى هذا اذا لم يعلم بحاله وقتل قوم وهو جان ، وقوم غير جان فيرجع بما بينهما من الثمن . وقال أبو اسحاق : وحدود<sup>(١)</sup> القتل بمنزلة الاستحقاق وهو المنصوص ، فاذا قتل انفسخ البيع ورجع بالثمن على البائع ، علم بالجناية حال العقد أو لم يعلم ، لانه أزيلت يده عن الرقبة بسبب كان في يد البائع فاشبه ما اذا استحق ، ويخالف المريض ، فانه لم يمت بالمرض الذي كان في يد البائع ، وانما ملت بزيادة مرض حدث في يد المشتري ، فلم يرجع بجميع الثمن ) .

( الشرح ) بدأ المصنف بالتفريع الذي هو المقصود ، فوضع المسألة في هذا الباب واقتصر على التفريع على القول بصحة البيع لذلك ، فان التفريع على البطلان لا تعلق له يختص بهذا الباب ، وقد قال الأصحاب : اما ان أبطلنا بيع العبد الجاني رده واسترجع الثمن ، وتبقى الحكومة بين السيد والمجنى عليه ، فان كانت الجناية توجب القصاص واقتصر الولي فذاك : وان عفا على مال أو كانت توجب مالا فالسيد على خيرته ان شاء فغداه من ماله ، فان سلمه فان بيع بقدر الجناية فذاك ، وان بيع بأقل فلا يلزم السيد غيره ، وان بيع بأكثر فالفاضل يدفع الى السيد البائع ، واذا أهدى فالأظهر أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرث وقيمة العبد .

(١) في بعض النسخ : « وجود » بدل « وحدود » .

(والثاني) يتعين الأرث وإن كثر ، إلا أن يسلم العبد لبيع لئانه قد يرغب فيه راغب بأكثر ، وإن قلنا بصحة البيع ، فإن كانت الجنابة توجب المال فظاهر مذهب الشافعي أن السيد ملتمم للفداء ببيعه ، مع العلم بجنابيته ، فيجبر على تسليم الفداء كما لو أعتقه أو قتله ، وقيل هو على خيرته أن غدى أمضى البيع والا فسخ قال هذا القائل : وهذا لأن ذلك ليس بأكثر من أن يختار الفداء ولو اختار أن يفديه ثم قبل أن يخرج أرث الجنابة رجع عن ذلك كان له . هكذا قال الشيخ أبو حامد . ويقتضيه كلام أبي الطيب في النقل عن صاحب هذا الوجه ، وشبهه أبو الطيب بما إذا قال الراهن أنا أقضى الدين من غير الرهن أو من قيمة الرهن لا يجب عليه الوفاء بذلك ، وهذا النقل نستفيد منه أن عند اختيار الفداء لا يلزم ، وهو كذلك على الأصح ، وبه يضعف ما اقتضاه إطلاق التهذيب فيما تقدم من جواز البيع عند اختيار الفداء . ولا يضعف به جعل البيع التزاما للفداء ، لأن المأخذ في ذلك الحيلولة كالعتق والقتل ، فلا يلزم من كون صريح الالتزام غير ملزم أن لا يكون هذا ملزما ، فإن قلنا بالأول فطريقان ( أحدهما ) يفديه ههنا بأقل الأمرين قولاً واحداً ، هكذا قال الشيخ أبو حامد وأبو الطيب ، وعزاها ابن داود إلى النص ( والثانية ) ذكرها ابن داود وابن أبي هريرة ، ويقتضيهما كلام الماوردي جريان القولين فيه ، ووجه الطريقة الأولى أنه لا يقدر على تسليمه للبيوع ، ولذلك إذا قبله يفديه بأقل الأمرين خاصة . ومنهم من أجرى فيه الخلاف ، فإن تعذر تحصيل الفداء أو تأخر لاغلاسه أو غييبته أو صبره على الحبس فسخ البيع وبيع في الجنابة لأن حق المجنى عليه سبق حق المشتري .

وإن قلنا بالثاني وهو أنه لا يلزمه بالبيع الفداء . وهو قول أبي اسحاق المروزي فهو بالخيار بين الفداء وتسليمه المبيع . وفي الفداء ههنا القولان لأنه قادر على تسليمه . وإن كانت الجنابة موجبة خيار القصاص ، فإن عفا الولي فالحكم على ما تقدم ، وإن طلب القصاص قتله ونظر ، فإن كان قبل القبض انفسخ البيع ، وإن كان بعده ، وهي مسألة الكتاب ، والمقصود في هذا الباب وهو تفريع على الصحيح أن الجنابة الموجبة للقصاص لا تمنع من البيع ، فإذا قتل في يد المشتري بالجنابة السابقة ، فأحد الوجهين أن ذلك بمنزلة العيب ، فإن كان قد علم

به قبل الشراء أو بعده ، ولم يفسخ حتى قتل فلا شيء له • وإن لم يعلم رجع بأرش العيب وهو ما بين قيمته جائيا وغير جان منسوباً من الثمن ، ويعبر عن ذلك بأنه من ضمان المشتري ، وهذا نسبه الجمهور الى ابن سريج وابن أبي هريرة ، كما نسبه المصنف ، بل أكثرهم ينسبه لابن سريج ولا يذكر غيره ، ونسبه الماوردي لابن أبي هريرة خاصة ، ولم ينسب لابن سريج في هذه المسألة شيئاً ونسب اليه في مسألة القطع بالسرقة السابقة أنه من ضمان البائع كما يقوله في القول الثاني وهو غريب ، وقد تقدم ذلك عنه ولا فرق بين المسألتين في هذا المعنى •

وقد تقدم أن ابن بشرى نقل ما يوافق قول ابن أبي هريرة عن نصه في الاملاء وبهذا القول قال أبو يوسف ومحمد ، ومال الماوردي اليه في القطع بالسرقة ، والثاني وهو قول أبي إسحاق وابن الحداد ، وهو مذهب الشافعي على ما قاله الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وغيرهما ، وهو نصه كما ذكره المصنف ، ولغظه في آخر باب الفتيا من الجزء الثامن من الأم •

قال الشافعي : من باع رجلاً غنماً قد حال عليها الحول ، أو بقراً أو ابلاً فأخذت الصدقة منها للمشتري الخيار في رد البيع لأنه لم يسلم له ما اشترى كاملاً وأخذ ما بقي بحصته من الثمن ، ولكن من باعه ابلاً دون خمسة وعشرين غالباً جائز ، وعلى البائع صدقة الابل التي حال عليها الحول في يده . ولا صدقة على المشتري فيها • قال : ومثل هذا الرجل يبيع العبد وقد حل دمه عنده بردة أو قتل عمداً أو قطع يده في سرقة ، فإذا قتل يفسخ البيع ويرجع بما أخذ منه • وإذا قطع فله الخيار في فسخ البيع وأماكه لأن العيوب في الأبدان مخالفة لنقص العدد • اه • وقد وجهوا هذا القول بأن السبب كان في يد البائع وأحيل الهلاك عليه ، وإن وجد في يد غيره كما لو أحبل المشتري الجارية المبيعة بيعاً فاسداً وردّها الى بائعها وماتت من الطلق • وبهذا القول قال أبو حنيفة •

ويعبر عن هذا القول بأنه من ضمان البائع ، ويعبر عنه أيضاً

بأنه كالأستحقاق أى جعل التلف فى يد المشتري بالسبب السابق كظهور الاستحقاق فى المبيع بسبب سابق ، وهذا الشبه يوهم أنه تبين بطلان البيع ، ولم يريدوا ذلك بل يفسخ بالتلف ووقع الشبه فى الحكم بالبطلان من حيث الجملة ، وقد تقدم أن الماوردى نقل ما يوافق هذا القول عن ابن سريج فى مسألة القطع • وذلك خلاف المشهور • وأما تمسك القائلين بالوجه الأول بمسألة المرض وهى غيما إذا اشترى عبدا مريضا وتمادى المرض الى أن مات فى يد المشتري طريقان ( أحدهما ) أنه على الخلاف ويحكى هذا عن الحلیمی وغيره ، وسيأتى عن القاضي أبى الطيب ما يقتضيه ، فعلى هذا يسقط الاحتجاج بها ( وأشهرهما ) القطع بأنه من ضمان المشتري ، وعلى هذا ، الفرق ظاهر لأن المرض يزداد شيئا فشيئا الى الموت ، فليس الموت بالمرض السابق على البيع بل بما تجدد بخلاف الجنائية فانها سبب كامل للقصاص ، وهذا معنى الفرق الذى ذكره المصنف ، ويكتفى فى ذلك بمجرد الاحتمال فانه يمنع من الحاقه بالمرض القديم ، فكيف والظاهر حدوث سبب جديد ، والأصل صحة العقد ولزومه •

ونظير ذلك اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم بحملها فماتت من الطلق يرجع بأرث العيب لأنها ماتت من أوجاع الطلق ، وهى حادثة فى يد المشتري كالمريض اذا مات ، قاله القاضي أبو الطيب ، وحكم الجراحة السارية حكم المرض ، ذكره فى التهذيب وجعلها على الوجهين • وبين أن ذلك فى المرض المخف • أما غير المخوف كالصداع والحمى فيرجع بالأرث اذا ازداد فى يده ومات ، وكذلك ذكره القاضي حسين • وحكم القولنج حكم المرض المخوف على ما ذكره القاضي حسين والبقوى حينئذ موافقين للحليمي • وهذا كله اذا لم يعلم المشتري بالجنائية حتى قتل فى يده ، فلو علم قبل العقد أو بعده ولم يفسخ فقد صرح المصنف بأن الحكم كذلك ، قال الراعى : ويحكى عن أبى اسحاق واختيار أبى حامد ( قلت ) وهو الشيخ أبو حامد الاسفراينى فانه كذلك فى تعليقه علم به أو لم يعلم وتبعه المصنف • أما القاضي أبو الطيب فانه نسب ذلك الى بعض أصحابنا • وقال : انه غلط ، وان مذهب الشافعى لا يختلف أنه بمنزلة العيب •

ونقل عن نص الشافعي في كتاب الرهن أنه بمنزلة العيب الذي قد رضى به • ولا شيء له • قال الراغب : انه الأصح عند الجمهور • وهو قول ابن الحداد أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة وامساكه مع العلم بحاله كما قال القاضي أبو الطيب قال : وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه • ولو كان كذلك ما صح بيعه أصلاً وممن اختار هذا ابن الصباغ وابن أبي عصرون ، وتحصل من ذلك أنه عند الجهل ينزل منزلة الاستحقاق ، وعند العلم ينزل منزلة العيب ، فإذا رضى به سقط أثره ، وهو أقوى في المعنى ، وفي الحقيقة هو عيب في الحالين ، ولكن في حالة العلم سقط أثره ، وفي حالة الجهل القتل من أثره ، فلذلك نزل منزلة الاستحقاق لكونه لم يرض به • غير أن النص الذي تمسك به أبو الطيب من كتاب الرهن أن كان هو الذي نقلته فيما تقدم عند طرء آن العيب قبل القبض ، وهو قول الشافعي : انه عيب دلس به ، فهذا لا دليل فيه ، لأن الشافعي ما تكلم في حالة القصاص ، وإنما ذلك إذا طلع عليه قبل القصاص ، قال : له أن يرد لأنه عيب وهذا لا نزاع فيه ، إنما النزاع في كونه إذا لم يرد حتى قتل هل ينفسخ أو لا ؟ •

(فرع) أما ثبوت الخيار للمشتري إذا صححنا البيع ولم يحصل القصاص فإن كان بعد الفداء فقد سبق حكمه في العيوب والتفصيل في العمدة بين أن يتوب أو لا وفي الخطأ بين أن يكثر أو لا ، وادعى ابن الرفعة أن نص الشافعي في البويطي في كتاب الغصب يدل على أنها — وان كثرت — لا يثبت الخيار إذا كان خطأ ، وفيه نظر ، وقد تأملت في كتاب الغصب في البويطي ، وفيه ما يحتمل ذلك بالمفهوم لا بالمنطوق ، وليس بقوى التمسك به •

وتمال ابن الرفعة : انه بين التمسك به في كتاب الغصب ، أما إذا كانت قبل الفداء ، قال ابن الرفعة : شبه أن يثبت الخيار سواء أقلنا يلزم السيد فداءه أم لا وهو كما قال ، وهذا حيث يقول : ان مجرد الجنائية لا يكون عيباً لما عند التوبة أو عدم التكرار أما إذا كانت عيباً فهي كافية في ثبوت الخيار •

( فرع ) اذا باعه ولا جنائية منه ، ولكنه كان قد حفر بثرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها . من يجب ضمانه بعد البيع ؟ يشبه أن يكون كما لو كان قد جنى جنائية توجب قصاصا ثم بعد البيع عفى على مال ، وقد تقدم .

( فروع ) وطء الجارية الجنائية لا يكون التراما للفادى ، وفيه وجه مذكور في الديات من الرافعى . ولو قال لعبده : اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، فجنى العبد ثم جاء رأس الشهر عتق ولزم السيد الفداء ، قاله القاضى عنه في باب الأمة تغرس نفسها ، ولو قال : ان دخلت الدار فأنت حر ، فجنى العبد ثم دخل الدار تعلق الأرض بذمة المعتق ، والفرق أنه في هذه عتق بفعله ، ولم يوجد من السيد فعل ، وفي الأولى لم يوجد من العبد شيء ، فصار السيد متلفا بالمعتق المعلق ومثل ذلك اذا قال : اذا قدم زيد فأنت حر ، فإنه لا فعل من العبد .

قال ابن الرفعة : ينبغي على قولنا بعدم نفوذ عتق الجانى ، وأن الاعتبار بحال الصفة لا يحكم بعقله ببينة لو نقص الأرض عن الرقبة ، هل يكون الحكم كما تقدم ؟ ولا يمتنع البيع الا في مقدار الأرض ؟ ظاهر نص الشافعى الأول ، وحاول ابن الرفعة تخريج خلاف وقال : وقد ذكره الغزالي في الزكاة وأيده بقول العراقيين : ان بيع العبد الجانى كبيع الوارث التركة قبل قضاء الدين ، وبأن الرافعى في الوصايا عند الكلام في الدور الواقع في الجنائيات ، اذا جنى عبد على حر وعفا المجنى عليه ومات ، فان أجازته الورثة فذاك والا نفذ في الثلث وانفك العبد عند تعلق العبد ، وأشار الامام فيه الى وجه آخر كما أن شيئا من المرهون لا ينفك ما بقى شيء من الدين .

( فائدة ) أجمعوا اذا كان في يد العبد مال وهو مأذون أن الدين في ماله والجنائية في رقبتة ، فاذا عجزت الرقبة عن احتمال الجنائية لم يرد الا ما في يده ، وكذلك اذا عجز ما في يده عن الدين لم يرد الى الرقبة .

( فرع ) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة ، فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء ، قال القاضى أبو الطيب :

قياس قول أبى بكر بن الحداد المصرى تصوير الزيادة كأنها حصنت في يد البائع وللمشتري الخيار في الرد والرجوع بجميع الثمن ، وعلى قول سائر أصحابنا زيادة المرض في يده تمنع من الرد ، وله الرجوع بالأرث بقدر ما بين قيمته صحيحا ومعينا . بالعيب الذى كان في يد البائع دون الزيادة التى حدثت في يد المشتري ، لأن هذه الزيادة حدثت بسبب المرض الذى كان عند البائع فكان على وجهين كالقطع في السرقة وإن لم يعلم بالمرض أو الجراحة حتى سرت الى النفس ، فعلى قول ابن الحداد ينفسخ البيع ، ويرجع بالثمن ، وعلى قول ابن سريج وأبى على لا ينفسخ ويرجع بالأرث ، ولو اشترى جارية حاملا ولم يعلم بالحمل حتى ماتت من الولادة فعن القاضى أبى الطيب أنه على الوجهين .

#### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وإن اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ، ففيه وجهان في قول أبى اسحاق ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وعلى قول أبى العباس وأبى على ابن أبى هريرة كان قد علم بالردة لم يرجع بالأرث ، وإن لم يعلم رجع بالأرث - ووجههما ما ذكرناه في الجانى عمدا ) .

( الشرح ) بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك ، وعن الشيخ أبى على حكاية وجه أنه لا يصح تخريجا من الخلاف في العبد الجانى ، والمشهور القطع بالأول ، وكذلك يقاس الجانى عليه وقد تقدمت الإشارة الى الفرق ، لأن رقبة الجانى مستحقة لآدمي وله العفو على مال فدان تعلق المال حاصل بخلاف المرتد ، وقال القاضى حسين . ان الوجه المذكور خطأ لأن الشافعى نص أن رهن المرتد وانقضى جائز ، فإذا فرغنا على صحته فقتل قبل القبض انفسخ العقد على ما تقدم ، وإن قتل في يد المشتري بالردة السابقة فعلى الخلاف المتقدم في الجانى على قول أبى اسحاق وابن الحداد ، والمنصوص للشافعى : ينفسخ البيع ويرجع بالثمن إن كان المشتري جاهلا بردته .

وفيما إذا كان عالما وجهان ، رأى المصنف والشيخ أبى حامد وأبى اسحاق أنه كذلك ، ولهذا أطلق هنا ، ورأى ابن الحداد وهو

الأصح على ما تقدم أنه لا ينفسخ البيع ، ولا يرجع بشيء . غال  
الامام : كان يقرب من ذلك الوجه ، يعنى الذى يقول بأنه ينفسخ مطلقا  
كما يقوله المصنف أن يقال بالوقف حتى يقال ان قتل المرتد تبينا أن  
بيعه لم يصح ، وان عاد الى الاسلام تبينا الصحة ، قال : ولم أر  
ذلك لأحد ( وأما ) على قول ابن سريج وابن أبى هريرة . فان كان  
علم بالردة لم يرجع بالأرث ، لأنها عيب رضى بها ، وان لم يعلم  
رجع ، كتعذر الرد ، فيرجع بأرث العيب القديم كسائر العيوب ،  
فيتقوم مرتداً وغير مرتد ، ويرجع بما بينهما منسويا من التمن ، قال  
الأصحاب : فان قيل : المرتد قتل لاثامته على الردة . وذلك حادث في  
يد المشتري ( فالجواب ) أنه انما قتل بالردة السابقة لأنه لو قتل  
انسان قبل الاستتابة لم يضمنه . فإفادته على الردة لم توجب القتل  
لكن استيفاء ما وجب عليه .

### قال المصنف رحمه الله تعالى

( وان قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله ففد ذكر الشيخ أبو حامد  
الاسفراينى رحمه الله في التعليق : أن البيع باطل لأنه لا منفعة فيه ، لأنه  
مستحق القتل ، فلا يصح بيعه كالحشرات . وقال شيخنا القاضي  
أبو الطيب : يصح بيعه ، لأن فيه منفعة ، وهو أن يعتقه فصح بيعه  
كالزمن ، فعلى هذا اذا قتل في يد المشتري فحكمه حكم القاتل عمداً  
في غير المحاربة ، وقد بيناه ) .

( الشرح ) اذا قتل في المحاربة فان تاب قبل أن يقدر عليه فالقود  
ههنا محتتم بل هو الى ولى الدم والحكم فيه على ما تقدم في جناية  
العبد : وان قدر عليه قبل أن يتوب وقتلنا : تسقط العقوبة بالتوبة بعد  
الظفر فكذا ( فان قلنا ) لا تسقط فتلاث ضرق ( احداها ) قال الشيخ  
أبو حامد : لا يجوز البيع قولاً واحداً ، لأن قتله محتتم ويفارق المريض  
والمرتد والقاتل في غير المحاربة لرجاء براء المريض واسلام المرتد  
والعفو عن القاتل ووافقه المحاملى في المجموع . ونسب الراغى هذه  
الطريقة الى اختيار الشيخ وطبقته ، ونسبه الامام وغيره الى أبى عبد الله  
الحسين ، ولم أر في تعليق أبى حامد التعليق بعدم المنفعة ، بل يتحتم

القتل فجاز أن يقول منفعة هذه مع كونه غير باق ألا يتخلص به لعبادة الله تعالى غير مقصودة وأما الدين فانه باق يتخلص بالعتق للعبادة ، ومنافع الدنيا والاخرة ، واختار ابن أبي عصرون ما قاله الشيخ أبو حامد . وقطع به في المرشد وقال : جواز عتقه لا يستدل به على جواز بيعه ، بدليل الأبق والمجهول ، والمعنى فيه أن في العتق قوة وسراية .

( الطريقة الثانية ) ما قاله القاضي أبو الطيب انه كبيع الجاني يعني عمدا فيصح على الأصح وتوجيهها ما ذكره المصنف : وقد علمت ما يرد عليه .

( والثالثة ) قال الراغبى : انها الأظهر عند كثير من الأئمة أن بيعه كبيع المرتد ، ولا شك انها أظهر مما قاله القاضي أبو الطيب ، لأن جناية العمد قد تصير الى المال بخلاف هذا ، لكن يرد على الحاقه بالمرتد ما قدمته من أن المرتد مرجو البقاء بالاسلام ، بخلاف المحارب الذى تحتتم قتله أنه لا شك أنه أولى بالمنع منه ، ويبقى النظر في منفعة العتق في هذه الحالة ، هل هي مقصودة مما يتوصل اليها بالأغراض ؟ فتكون كبيع المرتد المشهور بصحته ، ويأتى فيه ما حكاه الشيخ أبو على . وأن مثل هذه المنفعة لا تعتبر ليقوى ما قاله الشيخ أبو حامد ، وفيه نظر والأقرب الأول لأن العتق كيفما كان فيه أجر ، والأجر مقصود متوصل اليه بالأموال فعلى طريقة أبى الطيب يكون حكمه حكم القاتل عمدا في غير المحاربة ، وقد تقدم تفصيله ، وعلى الطريقة التى قال الراغبى : أنها أظهر عند كثير من الأئمة يكون كالمرتد ، وقد تقدم أيضا وعلى طريقة الشيخ أبى حامد البيع باطل ولا كلام .

قال المصنف رحمه الله تعالى

( اذا باع عينا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان ( أحدهما ) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى : أن المسألة على ثلاثة أقوال ( أحدها ) أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به المشتري فبرئ منه البائع كما لو أوقفه عليه . ( والثانى ) لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفق به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة كالأجل المجهول

والرهن المجهول • ( والثالث ) أنه لا ييرا الا من عيب وأحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع لما روى سالم أن أباه باع غلاما بثمانمائة بالبراءة من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى عثمان رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه • فابى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة « فدل على أنه ييرا مما لم يعلم ولا ييرا مما علمه • قال الشافعى رحمه الله : ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يفتدى بالصحة والسقم وتحول طبائعه ، وقلما ييرا من عيب يظهر أو يخفى ، فدعت الحاجة الى التبرى من العيب الباطن فيه ، لأنه لا سبيل الى معرفته ، وتوقيف المشتري عليه وهذا المعنى لا يوجد في العيب الظاهر ولا في العيب الباطن في غير الحيوان • فلم يجز التبرى منه مع الجهالة •

( والطريق الثانى ) أن المسألة على قول واحد ، وهو أنه ييرا من عيب باطن في الحيوان لم يعلم به ولا ييرا من غيره ، وتأول هذا القائل ما أشار اليه الشافعى من القولين الآخرين على أنه حكى ذلك عن غيره ولم يختره لنفسه •

( فان قلنا ) ان الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان ( احدهما ) لا يبطل البيع ويرد المبيع لحديث عثمان رضى الله عنه فانه أمضى البيع ( والثانى ) انه يبطل البيع لأن هذا الشرط يقتضى جزءا من الثمن تركه البائع لأجل الشرط ، فاذا سقط وجب أن يرد الجزء الذى تركه بسبب الشرط وذلك مجهول والمجهول اذا أضيف الى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا ففسد العقد • والله أعلم •

( الشرح ) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب أدرجوه في هذا الباب لأنه من مسائله • وقضاء عثمان هذا رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سالم « ولغظه أن عبد الله بن عمر باع غلاما له بثمانمائة وباعه بالبراءة ، فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالعبد داء لم تسمه لى ، فاحتصم الى عثمان بن عفان ، فقال الرجل : باعنى عبدا وبه داء لم

يسمى له . قال عبد الله بن عمر : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان بن عفان على عبد الله بن عمر أن يحلف له لقد باعه العبد وما به داء يعلمه . فأبى عبد الله بن عمر أن يحلف وارتجع العبد ، فباعه عبد الله بعد ذلك بالف وخمسائة درهم » ورواه البيهقي في سننه ، وفي المعرفة من رواية مالك كذلك .

وفي رواية تعليق أبي حامد وغيره من الفقهاء أن المشتري من ابن عمر زيد بن ثابت . وانهما اللذان احتصما الى عثمان . وقيل أن ذلك الداء زال عند عبد الله وصح منه . وقال ابن عمر : تركت اليمين لله تعالى فغوضني الله ، وقد روى عن زيد بن ثابت وابن عمر أنهما كانا يريان البراءة من كل عيب جائزة ، واسناده ضعيف .

قال البيهقي : انما رواه شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر عنهما ، وقال يحيى بن معين . حديث شريك عن عاصم ابن عبد الله عن زيد بن ثابت : البراءة من كل عيب براءة ليس يثبت ، تفرد به شريك ، وكان في كتابه عن أشعث بن سوار . وسئل عبد الله عن حديث شريك عن زيد بن ثابت في البيع بالبراءة فقال : أجاب شريك على غير ما كان في كتابه ، ولم نجد لهذا الحديث أصلاً .

قال البيهقي : ان أصح ما رواه في الباب حديث سالم ، وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان ، وعن شريح القاضي أنه كان لا يبرأ من الداء حتى يريه اياه فيقول : برئت من كذا وكذا ، وعنه لا يبرأ حتى يضع يده على الداء ، وعن عطاء بن أبي رباح وطاوس والحسن مثله ، وعن أبي عثمان النهدي قال : ما رأيتهم يجيزون من الداء الا ما يثبت ووضعت يدك عليه ، وأبو عثمان النهدي كبير ، أدرك جميع الصحابة وفاتته الصحابة بشيء يسير ، والاسناد اليه في هذا جيد وعن ابن سيرين أنه لا يبرأ الا من عيب يسميه ويريه . هذا ما في هذه المسألة من الاثبات عن الصحابة والتابعين .

وأما العلماء فاختلّفوا على مذاهب ( أحدها ) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه . وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور ، كما روى

عن ابن عمر وزيد ( والثاني والثالث ) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب :  
واختلفت عبارة هؤلاء فممنهم من يقول : حتى يسميه ، وهو مذهب  
ابن أبي ليلى وسفيان الثوري والحسن بن حي وداود ، ونقله  
ابن المنذر عن ابن أبي ليلى والثوري هكذا مقيدا ، ونقله غيره عن  
الحسن بن حي وداود مطلقا وظاهر النقل عن هؤلاء أنه اذا سمى كفى  
سواء أكان العيب مما يعاين أم لا ، وهو موافق لما يقوله القاضي  
حسين من أصحابنا على ما سيأتى .

( والثالث ) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن  
شريح وعطاء وهو مذهب أحمد في رواية عنه وإسحاق ، ويشبه أن يكون  
ذلك الاطلاق فيما يمكن كما فصله أصحابنا كما سيأتى ، لكن قولهم :  
انه يضع يده ان كان المراد المعاينة فهو قول أصحابنا فيما يمكن رؤيته ،  
وان كان يراد ظاهره من وضع اليد عليه فهو قول آخر وهو بعيد .

( الرابع والخامس والسادس ) أنه لا يبرأ من العيب الباطن الذي  
لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان ، وهو مذهب مالك الذي  
ذكره في الموطأ هنا .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا فمن باع عبدا أو وليدة  
أو حيوانا بالبراءة فقد برئ من كل عيب فيما باع ، الا أن يكون  
علم في ذلك عيبا ، فان كان علم عيبا فكتمه لم تنفعه تبرئته وكان ما باع  
مردودا عليه . وهذا القول يخرج منه عند أصحابنا في تحريره ثلاثة  
أقوال كما سيأتى ان شاء الله تعالى .

( السابع ) قول ثان لمالك — وقال ابن عبد البر : ان مالكا رجع  
اليه — أنه لا يبرأ بذلك الا في الرقيق خاصة فغيراً مما لم يعلم ولا  
يبرأ مما علم فكتم ، وبعضهم قيد ذلك بأن يكون البيع من الفحاش  
لأن الفحاش تشتري لتربح — وأما في سائر الحيوان وغير الحيوان  
فلا يبرأ به عيب أصلا .

( والثامن ) قول ثالث لمالك ، وقيل : أنه الذي رجع اليه أنه

لا ينتفع بالبراءة الا في ثلاثة أشياء فقط ، وهو بيع السلطان للمغرم أو على مفلس . قال بعضهم : أو في ديون الميت ( والثاني ) السبب الخفيف في الرقيق خاصة لكل أحد ( والثالث ) فيما يصيب الرقيق في عهدة الثلاث خاصة .

( والتاسع ) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع على القول الثاني . ولا أعرفه صريحا عن أحد من السلف الا عن مذهبنا وبعض الظاهرية وإن صح أن أحدا يقول لابد من وضع اليد كما هو ظاهر النقل عن شريح وغيره كانت المذاهب عشرة . هذه جملة المذاهب .

( وأما ) تفصيل مذهبنا فقد اختلف الأصحاب عن طرق أشهرها ، وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والاصطخري : أنه على ثلاثة أقوال وهي المذكورة في الكتاب وأظهر الأقوال الثالث منها . وهو أنه يبرأ في الحيوان مما لا يعلمه البائع من الباطن دون الظاهر ودون ما يعلمه من الباطن ، ولا يبرأ في غير الحيوان بحال وحاصل هذه الطريقة أن في الحيوان ثلاثة أقوال . وفي غير الحيوان قولين . ولا يجيء الثالث في غير الحيوان لأنه لا باطن له . كما قاله القاضي أبو الطيب والقاضي حسين وغيرهما .

( والطريق الثاني ) القطع بهذا القول الثالث والى ذلك ذهب ابن خيران وأبو اسحاق المروزي على ما حكاه الماوردي وغيره ، وقال ابن أبي عمرون : انها الأصح ، وقال الامام انها الأليق بكلام الشافعي مع قوله : ان الأولى أشهر وفي المجرد من تعليق أبي حامد نسبتها الى عامة أصحابنا . ( والطريق الثالث ) حكاه الماوردي عن ابن أبي هريرة أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم ، ولا يبرأ في غير الحيوان من المعلوم . وفي غير المعلوم قولان ، وقد رأيتها كذلك في تعليق أبي على الطبري عن ابن أبي هريرة .

( والطريق الرابع ) يخرج من منقول الامام ، وهي اثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره ( ثالثها ) الفرق بين المعلوم وغير المعلوم .

( والطريقة الخامسة ) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، واجراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان ، وهي تخرج من نقل سلام شارح المفتاح . والطريقة الثالثة والرابعة والخامسة مقتضاها عدم التفرقة بين الباطن والظاهر ، وكذلك طرد التفصيل في غير الحيوان ، وهو لا باطن له كما تقدم عن القاضي أبي الطيب ، وذلك يوافق ما حكاه الامام والمساوردي والرافعي أن منهم من اعتبر نفس العلم ، والأكثرون جعلوا العيوب الظاهرة من الحيوان كالمعلومة لسهولة الاطلاع عليها والبحث عنها . قال الامام : واذا جمع جامع الحيوان الى غيره انتظم له أقوال ( أحدها ) الصحة في الجميع ( والثنى ) الفساد في الجميع ( والثالث ) الفرق بين الحيوان وغيره ( والرابع ) الفرق بين ما علمه البائع وكنهه ، وبين ما لم يعلم ، وقد ذكرنا البعض الظاهر والباطن فقد يجرى من خلاف الأصحاب فيه قول خامس ( وقال ) المزالى في البسيط : ان مجموعها سبعة أقوال ( أحدها ) صحة الشرط مطلقا ( والثاني ) فساد مطلقا ( والثالث ) فساد فيما علمه ، وصحته فيما لم يعلمه ( والرابع ) فساد فيما علمه أو يسهل العلم به ( والخامس ) فساد في غير الحيوان وصحته في الحيوان ( والسادس ) فساد إذا أبهم العيب وصحته إذا عينه ( والسابع ) فساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر مقصودا وصحته فيما عداه ( قلت ) وفي الخامس نظير لأنه يقتضى الصحة في الحيوان مطلقا من غير تفصيل فغثرير العبارة فيه أن يقال يفسد في غير الحيوان ويصح في الحيوان فيما لم يعلم أو لم يسهل العلم به . والسابع صحيح لما سيأتى عن القاضي حسين مع جريان الخلاف مع التبیین ( والثامن ) صحيح أيضا لما سيأتى ، ويأتى فيه وجه ثامن بالفساد فيما سيحدث في يد البائع إذا ذكر ولو تابعنا ( والوجه التاسع ) بطلان العقد وسبب اختلاف الأصحاب على هذه الطرق أن الشافعي قال على ما حكاه المزني في المختصر : إذا باع لرجل شيئا من الحيوان بالبراءة ، فالذي أذهب اليه قضاء عثمان ابن عفان رضى الله عنه أنه برئ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ولم يسمه ويقفه عليه تقليدا ، وأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يعتدى بالصحة والسقم وتحول طبائعه وقلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر . وان صح في القياس لولا ما وصفنا من افتراق الحيوان وغيره أن لا يبرأ من عيوب لم يرها ولو سماها لاختلافها ، أو يبرأ

من كل عيب ، والأول أصح . وهذا النص نقله المزني من اختلاف العراقيين من الأم ، فإن فيه في باب الاختلاف في العيب قال الشافعي : وإذا باع الرجل العبد أو شيئاً من الحيوان بالبراءة من العيوب ، فالذي نذهب اليه والله أعلم قضاء عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه برئ من كل عيب لم يعلمه ولم يبرأ من عيب علمه ولم يسمه البائع ويقفه عليه ، وإنما ذهبنا الى هذا تقليداً ، وأن فيه معنى من المعاني يفارق فيه الحيوان ما سواه وذلك أن ما كانت فيه الحياة فكان يغذى بالصحة والسقم وتحول طبائعه قلما يبرأ من عيب يخفى أو يظهر ، فإذا خفى على البائع أترأه يبرئه منه ؟ وإذا لم يخف عليه فقد وقع اسم العيوب على ما نقصه يقل ويكثر ويصغر ويكبر ، وتقع القسمة على ذلك ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه . وإن صح في القياس لولا التقليد وما وصفنا من مفارقة الحيوان غيره أن لا يبرئه من عيب كان به لم يره صاحبه ولكن التقليد وما وصفنا أولى بما وصفنا ، هذا كلام الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين ، وفيه زيادة فائدة على ما قاله المزني عنه وهو قوله : العبد أو شيئاً من الحيوان فإن فيه تصريحاً بالتسوية في ذلك بين العبد الذي يخبر عن نفسه وبينه على العيب الذي به ، وبين غيره من الحيوان الذي لا يمكن فيه ذلك ، وهذه فائدة جلية ، وليس كما وقفت عليه من اختلاف العراقيين ، ذكر الذي قاله المزني آخر من أنه يبرأ من كل عيب إذا عرف ذلك غالباً كثرون قالوا : إن هذا الكلام من الشافعي يقتضي التردد بين القول الأول الموافق لقضاء عثمان وبين القولين الأخيرين اللذين أشار إليهما بقوله : وإن صح في القياس لولا ما وصفنا أن لا يبرأ أو يبرأ من كل عيب ، فهذه ثلاثة أحوال .

ومنهم من منع ذلك وقال : وإن كان الشافعي أشار الى ذلك ولكنه اختار القول وقال : لولا قضاء عثمان ومفارقة الحيوان لغيره لكان القياس هذا ولكن تركت القياس لقول عثمان ، والفرق بين الحيوان وغيره . قال القاضي أبو الطيب ( قلت ) أنا : قال الشافعي في كتابه اختلافه ومالك : ولو ذهب ذاهب الى أن من باع بالبراءة برئ مما علم ومما لم يعلم لكان مذهباً يجسد فيه حجة ، وهذا مثل قول

أبى حنيفة • وقد نص عليه في هذا الكتاب ، وهذا يبطل قول من قال : أن مذهبه لا يختلف فيه ، وأنه قول واحد • انتهى •

والجورى نقل هذا النص عن رواية حرمة والماوردي ذكر هذا النص • وقال ابن خيران وأبو اسحاق لم يخرج ذلك قولاً لاجماله ( قلت ) والاجمال فيه ظاهر ، وقد اختار المصنف في اللمع أن مثل هذه العبارة لا تجوز أن يجعل ذلك قولاً له ، والمشهور طريقة اثبات الأقوال لما تقدم ، وفي الاستذكار لابن عبد البر أن الشافعي قال في الكتاب العراقي ببغداد بأنه لا يبرأ الا من عيب يريه للمشتري ، فاستفدنا بهذا النقل اثبات القول بعدم البراءة ، وأنه في القديم •

وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الامام ، فانها لم تفرق بين الحيوان وغيره ، وذلك خلاف صريح قول الشافعي • وطريقة ابن أبي هريرة محتملة • ولو ذهب ذاهب الى طريقة سادسة — وهو أنه في الحيوان يقطع بالقول الثالث ، وفي غير الحيوان قولان : ( أحدهما ) يبرأ مطلقاً ( والثاني ) لا يبرأ مطلقاً • لكان ذلك وجهاً • وهذه غير طريقة ابن أبي هريرة • لأنه يقطع بأنه لا يبرأ من غير المعلوم في الحيوان • وهذه الطريقة التي أقولها مقتضاها اجراء القولين في غير الحيوان فيما علمه وفيما لم يعلمه والقطع بالتفصيل في الحيوان • ووجه هذه الطريقة اختيار الشافعي لقضاء عثمان •

وقوله : أنه لولا ذلك والفرق بين الحيوان وغيره لكان يبرأ أو لا يبرأ • يعني كان فيه قولان • وهذا دليل على ثبوت القولين فيما عدا المحل الذي فيه تقليد عثمان • والفرق المذكور وهو غير الحيوان • بالطريقة القاطعة بأنه لا يبرأ فيه من عيب أصلاً ، كما تقتضيه طريقة ابن خيران وأبى اسحاق لا دليل عليها من كلام الشافعي ، وانما غاية كلام الشافعي على مقتضى استدلالهم أن يدل على القطع في الحيوان خاصة ، فهذه طريقة لم أر أحدا ذهب اليها ، ولها وجه ظاهر من كلام الشافعي • وقول الشافعي في المختصر : والأول أصح ، الظاهر أنه يريد به الأول من الاحتمالين اللذين ذكرهما لولا تقليد عثمان ومفارقة الحيوان لغيره أي أن القول انه لا يبرأ على ذلك التقدير أصح من

القول بأنه يبرأ من كل عيب لأجل ذلك ، والله أعلم • اقتصر عليه في اختلاف العراقيين ، ويحتمل أن يكون المراد بالأول ما قاله موافقاً لقضاء عثمان ويكون في ذلك تقوية لأن في المسألة ثلاثة أقوال في الحيوان وقولين في غيره كما هو الطريقة المشهورة •

( فرع ) قسم الماوردي البيع بشرط البراءة الى ثلاثة أضرب :

( أحدها ) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها ، فهذه براءة صحيحة وبيع جائز ، لانتفاء الجهالة ولزوم الشرط في العقد ، فان وجد المشتري بالمبيع غير تلك العيوب غله الرد ، وان لم يجد الا تلك فليس له الرد •

( الضرب الثاني ) أن يبرأ من عيوب سماها ، ولم يقف المشتري عليها ، فهذا على نوعين ( أحدهما ) أن تكون العيوب مما لا يمين كالسرقة والاباق ، فتصح البراءة فيها بالتسمية ، لأنها غير مشاهدة ، فلم يمكن الوقوف عليها ، واكتفى بالتسمية فيها فان ذكرها اعلام واطلاع عليها •

( والنوع الثاني ) أن تكون مما يعاين كالبرص والقروح • فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها ويشاهدها لأن لنقص العيب قسطاً من الثمن يزيد بزيادته العيب وينقص بنقصه فصارت التسمية لها عند عدم مشاهدتها جملاً بها •

( قلت ) وهذا معنى قوله في المختصر : ولو سماها لاختلافها ، وكذلك قوله في اختلاف العراقيين : ولا يبرأ منه الا أن يقفه عليه • وكلام الماوردي يقتضي أن هذا الضرب ليس محل الخلاف • ولا شك أن القائل بالبراءة مطلقاً اذا أطلق شرط البراءة يقول هنا عند التسمية وان لم يقفه عليها بطريق الأولى • وكذلك اذا كان البرص ونحوه في باطن فان الأصح أن يبرأ منه اذا لم يعلمه عند الاطلاق ففى حالة التسمية كذلك ، وكذلك قال الرافعي : انه ان أراه موضع البرص وقدره صح وان لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً ، وكذلك يقتضيه كلام

الامام والفوراني والمتولى والبغوى ، وينبغي أن يحمل كلام الماوردي على هذا المعنى •

قال الراغبى : هكذا فصلوه ، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب وأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان ، فقد حكى الامام تفريعا على فساد الشرط فيه خلافا مخرجا على ما ذكره من المعنيين ، يعنى أن العلة في فساد الشرط الجهالة أو كونه من مقتضى العقد ( ان قلنا ) بالأول صح لانتفاء الجهالة ( وان قلنا ) بالثاني فلا ، ومثل صاحب التهمة بتسمية العيب بأن يقول على أنه برىء من الزنا والاباق والسرقة ، وهذا الذى تقدم من أن الذى تمكن معاينته لا تكفى فيه التسمية هو قول الأصحاب •

قال القاضى حسين : وعنه يكون يصح في هذا الموضع لقلة الجهالة ، وهذا مخالف لما تقدم من كلام الشافعى ، ومثل القاضى هذا النوع باخباره بمثل الجدار وانكساح الجذع •

( فرع ) ادعى الراغبى أنه لا خلاف في البراءة اذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والاباق ، لأن ذكرهما اعلام ، وفي كلام القاضى حسين في الفتاوى ما يقتضى المنازعة في هذا الاطلاق ، وأنه ان قال : هو أبق وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق برىء قطعا ، ولو قال : لا أعلمه أبقا وبعته بشرط أنى برىء من عيب الاباق قال : غلظه المسألة مقدمة ، وهى أنه لو اشتراه ولم يعلمه أبقا فقال : أبرأتك من عيب الاباق ، فبان أبقا هل له الرد ؟ وجهان كما لو باع مال ابنه على ظن أنه حى فبان ميتا •

( فان قلنا ) يبرأ برىء هنا ( وان قلنا ) لا يبرأ فالبيع بهذا الشرط هل يصح ؟ على قولين ( فان قلنا ) يصح غفى صحة الشرط جوابان — وان قال : بعته بشرط أنى برىء من الاباق ، يعنى لو لم يعلم شيئا قال : فالظاهر أنه ليس له رده ، لأن الشرط اعلام •

وان قال : لا أعلم هل هو أبق أو لا ، ولم يرد عليه ، يعنى ولم يشترط فوجده أبقا فله الرد ، ذكر هذه المسائل القاضى حسين في فتاويه •

(الضرب الثالث) أن يبرأ إليه من كل عيب من غير أن يسميها ، ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة .

(فرع) في الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب أو أجوبتها . أما القول الأول وهو أنه يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب أبي حنيفة فلقوله صلى الله عليه وسلم : «المؤمنون عند شروطهم» وبأن الأبراء من المجهول صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لرجلين تخاصما عنده في مورايت درست : « أسهما وأوجبا وليحلل أحكما صاحبه » رواه البيهقي في كتاب الصلح ، وبأنه اسقاط حق لا تسليم فيه فيصح في المجهول كالطلاق والعق ، وبأن خيار العيب انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة ، فإذا صرح بالبراءة ارتفع الاطلاق .

(والجواب) عن الأول أنه روى في هذا الحديث ما وافق الحق منها ، علمي أن الحديث المذكور فيه كلام ، ومنع بعضهم صحته ، ثم هو معارض لقوله صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل » ونهيه عن بيع وشرط ( وعن الثاني ) بأن التحليل يصح بأن يصيره معلوما . فيقول : من كذا وكذا ( وعن الثالث ) بأن الطلاق والعق يصح تعليقهما ، فصحا في المجهول بخلاف الرد بالعيب . وأما القول الثاني وهو أنه لا يبرأ من شيء من العيوب الا بالتسمية والتوقيف فالثاني عن بيع وشرط . وعن الغرر .

ومن القياس أنه رفق في البيع لا يثبت الا بالشرط ، فلا يثبت مع الجهالة كالأجل والرهن والضمان ، ولأنه عيب لم يقف عليه المشتري فثبت له رد المبيع على صفته كما اذا لم يبرأ منه وفيه احتراز عن حدوث العيب والرضا به ، وبأن الأبراء من المجهول لا يصح لأنه تبرع لا يصح تعليقه فلا يصح في المجهول كالهبة وبأنه خيار ثابت بالشرع فلا ينفى بالشرط كسائر مقتضيات العقد .

وملخص هذه الأقيسة الدالة لهذا القول ترجع الى سببين (أحدهما) التعليل بالجهالة ( والثاني ) بمخالفة مقتضى العقد ، ووضع الشرع في الرد بالعيب . فان قالوا : الهبة فيها تسليم والجهالة تمنع من التسليم ،

انتقض عليهم بالوصية والاقرار وفيهما تسليم واجب ، ويصحان في المجهول ، وفي الاستدلال طريقة اخرى بأن تفرض المسألة فيمن شرط البراءة مما يحدث في يده من عيب ، لأنه ابراء من الضمان قبل التسليم ، فلم يجز كالإبراء من ضمان جميع الثمن اذا تلف في يده ، وأما القولان الرابع والخامس فضعيفان جدا لا دليل لهما ، والسادس وهو مذهب أحمد قريب من الثالث الذي هو ظاهر المذهب .

( فرع ) في الاستدلال للقول الظاهر من المذهب ، الحجة في ذلك ما ذكره الشافعي رضي الله عنه من قضاء عثمان رضي الله عنه مع مفارقة الحيوان لما سواه كما بينه ، فلو حكمنا بأن البيع والشرط لا يصح لأدى الى أن لا يستقر بيع في حيوان أصلا ، والتمسك به من وجهين ( أحدهما ) أن ابن عمر من كبار الصحابة وزيد بن ثابت أيضا كذلك ، وقد قيل انه المشتري منه وترافعهما الى امام الوقت في خصومة ويقضى بينهما بقضاء ، الظاهر أن ذلك يعسر ، ولم يثبت عن أحد منهم الإنكار فكان اجماعا ، واعترض على هذا بأن ابن عمر مخالف ، فانه علم بالعيب واعتقد أنه لا يثبت الرد ( أما ) علمه فلامتناعه من اليمين ( وأما ) اعتقاده فلم يكن كذلك لقبه .

وأجاب الأصحاب بأنه يحتمل أن لا يكون علم وامتنع عن اليمين تورعا ( قلت ) وهذا الجواب والاحتمال يعتضد بما تقدم عن البيهقي أنه لم يثبت عن ابن عمر القول بالبراءة ، لكن الشافعي رحمه الله في اختلافه مع مالك قال : وقد اختلف عثمان وابن عمر في العبد يبتاع ويبرأ صاحبه من العيب ، فقضى عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم بأن يحلف ما كان به داء علمته ، وقد رأى ابن عمر أن التبري يبرئه مما علم وما لم يعلم ، قال الشافعي يخاطب من سأل : فاخترت قول ابن عمر وسمعت من أصحابك من يقول : عثمان الخليفة وقضاؤه بين المهاجرين والأنصار كأنه قول عامتهم ، وقوله بهذا كله أولى أن يتبع من ابن عمر . انتهى .

ذكر الشافعي هذا فيما روى مالك عن عثمان وخلافه . فهذا الكلام من الشافعي يقتضى اعتقاده أن ابن عمر مخالف لعثمان . وحينئذ يعتضد

الاستدلال بهذا الوجه الذى ذكره الأصحاب — ومن ذكره الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب ، وان كان ما ذكروه من الاحتمال صحيحا ، لكن لا يستقيم الاستدلال للشافعى بذلك ، وهو قائل بخلافه . نعم يصح لمن ينظر من حيث الجملة ، ولا يتقيد بكلام الشافعى أن يقوله .

ومما يضعف التمسك بهذا الوجه للمذهب أن الشافعى عضد قول عثمان رضى الله عنه بما ذكره من مفارقة الحيوان لغيره ، وعلى هذا الوجه لا يحتاج الى ذلك وأيضا لو كان كذلك لما سماه تقليدا ، وأيضا فإنه مشى على أن قول الصحابى إذا انتشر ولم يعرف له مخالف يكون كالاجماع السكوتى ، وفيه نزاع ، فإنه أنزل رتبة مما يتحقق فيه سكوت الباقين . ( وان قلنا ) بأن الاجماع فى السكوت حجة لاسيما هذه المسألة مع الاحتمال القوى فى مخالفة ابن عمر وورود الرواية عنه وعن زيد بذلك من غير هذه الطريق وان كانت ضعيفة ، فإن ذلك بخرم الظن بعدم الخالف . وذكر الامام ههنا معترضا على التمسك بهذا الوجه أن مذهب الشافعى فى الجديد أنه لا ينسب الى ساكت قول .

( الوجه الثانى ) من الاستدلال ما ذكره الشافعى وأشار اليه من اعتضاد قول عثمان رضى الله عنه بالقياس . ومثل هذا يكون حجة عند الشافعى على القديم فلأن قول الصحابى حجة يقدم على القياس .

وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابى مع القياس الضعيف المسمى عند الماوردى بقياس التقريب يقدم على القياس القوى المسمى عند الماوردى بقياس التحقيق ، وهل المراد بالضعيف الذى لا تجتمع فيه شروط القياس فيشكل اعتضاده ما ليس بحجة بما ليس بحجة . ويأتى فيه البحث الذى تقدم فى المرسل فى مسألة بيع اللحم بالحيوان ، أو الذى اجتمعت فيه شروط القياس لكنه خفى لو انفرد يقدم القياس القوى عليه ، وهذا هو الذى ينبغى أن يكون المراد .

وقد فسر الماوردى فى كتاب الايمان مراده بقياس التقريب وقياس التحقيق وههنا مباحث :

( أحدهما ) أطلق الشيخ أبو حامد هنا أن قول الصحابي على القديم حجة مقدمة على القياس واقتضى كلامه أن ذلك مطلق وإن لم ينتشر • وقيد الماوردي بالمنتشر الذي لم يعلم خلافه ، وهما قولان في القديم منقولان عن الشافعي في كتب الأصول — وقال ابن الصباغ : انه في القديم حجة ، وفي الجديد ليس بحجة الا أن ينتشر ، فاقضى ذلك أنه إذا انتشر يكون حجة في الجديد •

وقال الجوزي : ان قول الصحابي الذي ليس له مخالف انما يكون حجة في الجديد اذا اعتضد بضرب من القياس وأنه في القديم حجة ، فاذا احتل المسألة أصلا كان ما وافقه أولى ، وهو أدون الاجتماعات ، وأعلى منه الاجماع الذي تعرفه الخاصة كتحریم النكاح في العدة وأعلى منه ، وهو اجماع الخاصة والعامة لكون الظهر أربعة ، هذا مختصر كلام الجوزي •

وقال البندنجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في أدب القاضي : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قوله يسمى تقليدا ، وانما أراد قبول قوله في صورة التقليد — فأما الصحابة فان قال علماءها قولاً كان حجة مقطوعاً على معيتها وإن قال واحد منهم قولاً وانتشر في الباقيين فان صوبوه أو قالوا ما يدل على الرضا فهو اجماع أيضاً ، وحجة مقطوع على معيتها ان بلغهم وسكتوا ، ولم يكن منهم ما يدل على نص ولا انكار فاذا انقرض العصر كان حجة أيضاً مقطوعاً على معيتها في اطلاق اسم الاجماع عليه من ناحية العبارة وجهان ظاهر قول الشافعي أنه لا يسمى اجماعاً • وقال داود ، وأكثر المتكلمين : ليس بحجة •

وان قال واحد منهم قولاً ولم ينتشر قال في القديم : هو حجة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال في الجديد : ليس بحجة ( فان قلنا ) ليس بحجة — فان عاضده قياس وأن ضعف — كان قوله مقدماً على القياس القوي ، وإن لم يعضده قياس كان بمنزلة قول التابعي يقدم القياس عليه ، ولا يخص بقوله العموم ( وان قلنا ) حجة قدم

على القياس القوى الا أن يكون القياس في معنى الأصل ، فيكون هذا القياس مقديما عليه ، وهل يخص به العموم ؟ وجهان ، هذا في قول الصحابي على سبيل الفتيا •

أما حكمه فان كان بعد استشارة الصحابة فاجماع ، والا فان انتشر ولم ينكر فالحذى سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة ، وهو بمنزلة قول الواحد اذا لم ينشر على قولين ، لأن حكم الحاكم لا يسع خلافه ، فلا يدل السكوت على الرضا ، ورأيت أبا على الطبري في الافصح يقول : هذا حجة قولاً واحداً ، ولكن هل يقع على معيتها ؟ على وجهين . ( أحدهما ) نعم كالفتوى ( والثاني ) لا ، واذا انتشر قول التابعي في التابعين لم يكن كانتشار قول الصحابي في الصحابة على الأصح وهو قول أبي العباس ، هذا تلخيص كلام البندنيجي وكثير مما ذكره شارحه فيه المصنف وأكثر الأصحاب ، ولكن في كلامه زيادة فوائد ، فلهذا رأيت نقله ، واختار المصنف على قولنا : انه ليس بحجة أنه اذا عضده قياس ضعيف لا يصير حجة لأن كلامهما بانفراده ليس بحجة •

وقال الصيرفي : يصير حجة ، وهو الذي قاله المصنف في الأصول يخالف ما قاله الشيخ أبو حامد والمساوردي هنا أن ذلك حجة على القديم والجديد ، وقد قدمت أنه ينبغي تفسير الضعيف بما يكون حجة الا أن يكون ثم قياس أقوى منه فيقدم هو مع قول الصحابي على القياس القوى ، وحينئذ ينتجه ما قاله الشيخ أبو حامد ولا يرد ما قاله المصنف الا أن يكون فهم عن الصيرفي أنه يقول بظاهر عبارته وحينئذ لا يكون قادحا في دعوى عدم الخلاف في مسألتنا ، اذا غسرنا الضعيف بالتفسير الذي ذكرته •

وقد رأيت كلام أبي بكر الصيرفي في كتابه المسمى بالاجماع والاختلاف ، وهو يشعر بما قلناه ، ويشير الى أن ذلك تأويل قول الشافعي في القديم أنه حجة كأنه يرى أنه اذا لم ينتشر ولا يعضده شيء لا يقول الشافعي به في قديم ولا جديد ، وان اعتضد أو انتشر قال به في القديم والجديد •

قال القاضي حسين في أول تعليقه : انه اذا اقترن بقول الصحابي قياس خفى قدم على القياس الجلي قولاً واحداً ، وهذا يوافق ما قلته وما قاله الشيخ أبو حامد وغيره ، ويؤيده قول الشافعي في اختلاف الحديث ، وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه صلى في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجرات ، قال : لو ثبت ذلك عن علي لقلت به ، فإنه لا مجال للقياس فيه ، فالظاهر أنه فعله توقيفا .

فهذا النص من الشافعي يدل على أنه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وان لم يكن ذلك عين المسألة التي نحن فيها ، وأنه انما يرده اذا دل دليل على خلافه والأصوليون ذكروا هذا النص من تفاريع الشافعي في القديم ، وعندى في ذلك أن اختلاف الحديث من كتبه الجديدة ، وقد رويناه من طريق المصريين عنه . وقال الأستاذ أبو اسحاق الاسفرايني : قول الصحابي اذا انتبهر حجة مقطوع بها وهل يسمى اجماعاً ؟ فيه وجهان . وان لم ينتشر غلبت بحجة في الجديد وهو حجة في القديم . فعلى القديم في تخصص العموم به وجهان ويفهم القياس الجلي عليه .

وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان ( أحدهما ) يقدم على قول الصحابي . ( والثاني ) يقدم قول الصحابي عليه ، وهو قول أبي حنيفة ، ومن لا خبرة له من أصحابه يقول : انه يقدم على القياس الجلي ، وأما على الجديد فلا يخص به العموم قطعاً ، وفي ترجيح أحد القياسين المتعارضين به وجهان ( الثاني ) أن هذا القول اذا لم يكن وحده حجة لماقياس الذي عضده من الفرق بين الحيوان وغيره ان لم يكن حجة أيضاً لم تثبت الدلالة باجتماعهما وان كان الفرق المذكور كافياً في القياس وتقدم الحجة ، فالحجة فيه لا في القول المذكور .

( والجواب ) أن القياس القوى يقتضى أن لا يبرأ مطلقاً أو يبرأ مطلقاً كما قال الشافعي ، وقد أشار الشافعي بقوله : وأنه أصح في القياس ، يشير بذلك الى أن هذا قياس أصح ، وأن ما ذكره من المعنى بين الحيوان وغيره قياس صحيح غلو انفرد هذان القياسان لقلنا بالقياس الأصح لكن لما جاء قضاء عثمان رضي الله عنه قوى هو

والقياس الصحيح على القياس الأصح • ولا يمنع إذا لم يكن قول الصحابي حجة أن لا يقوى به لاسيما عثمان وقضاءه في هذا •

( الأمر الثالث ) أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا ؟ وقبول قول الصحابي على القديم أو إذا اعتضد بما ذكرتم على الجديد حجة وقبول الحجة لا يسمى تقليدا لقبول الخبر •

( والجواب ) أن الواجب اتباعه ، وقيام الحجة به وهو مجموع ما حصل من قول عثمان مع القياس الفارق والموصوف بالتقليد هو قول عثمان رضي الله عنه وحده ، وإطلاق التقليد عليه وحده صحيح ، لأنه لا يجب قبوله وحده ولا يدري من أين قاله ، وهذان هما حد التقليد ، فاجتمع هنا تقليد ودليل ، والممتنع عندنا هو التقليد بغير دليل ، والرويانى قال : أنه ما قصد بهذه العبارة محض التقليد ، بل أراد الاستئناس كما قال في الفرائض أنه قلد زيد بن ثابت في الأخوة مع الجد ثم عقبه بالقياس •

( الرابع ) في قول مالك رضي الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها امامنا الشافعي وغيره ، ففى الأم من كلام الربيع أو من كلام البويطى ، الله أعلم ، في اختلاف الشافعي ومالك ( فقلت ) للشافعي : ان لنا كتابا قد صرنا الى اتباعه ، وفيه ذكر أن الناس اجتمعوا فيه ، والأمر المجتمع عندنا وفيه الأمر عندنا ، فخال الشافعي : قد أوضحنا لك ما يدلك على دعوى الاجماع بالمدينة أو في غيرها ، وطول الشافعي في البحث في ذلك والإيراد ، نحو ثلاث ورقات ثم قال : وما كلمت منكم أحدا قط فرأيتة يعرف معناها ، وما ينبغى لكم أن تجهلوا كيف موضع الأمر عندنا ان كان يوجد فيه ما ترون •

( قلت ) وقد قال أبو الوليد الباجي المالكي في كتابه الذى ألفه في أصول الفقه ، وقد روى اسماعيل بن أبى أويس رحمه الله عن مالك بيان قوله : الأمر المجتمع عليه ( فقال ) اسماعيل ابن أبى أويس : سألت خالى مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا

يفسره لى ، فقال : أما قولى : الأمر المجتمع عليه عندنا ، الأمر الذى لا اختلاف فيه ، فهذا ما لا اختلاف فيه قديما ولا حديثا • وأما قولى : المجتمع عليه فهو الذى اجتمع عليه من أرضى من اهل العلم وأقتدى به ، وان كان فيه بعض الخلاف •

وأما قولى : الأمر عندنا وما سمعت اهل العلم فهو قول من أرتضيه وأقتدى به ، وما اخترته من قول بعضهم ، هذا معنى قول مالك دون لفظه ( قال ) وتنزيل مالك لهذه الألفاظ على هذا الوجه وترتيبها مع تقاربها فى الألفاظ يدل على تجوزه فى العبارة ، وأنه يطلق لفظ الاجماع ، وانما يريد به ترجيح ما يميل اليه من الرتبة •

( التفریع ) وقد ذكره المصنف ( أن قلنا ) الشرط باطل غفى بطلان البيع به وجهان • وقال الامام : خولان ( أظهرهما ) عند الفاضى حسين والامام والرويانى وابن داود والرافعى ، وهو قول ابن سريج على ما حكاه الماوردى ، وفى المجموع للمحاملى والتجريد له ، وهو من كلام الشيخ أبى حامد انه ظاهر المذهب ، وقال فى العدة : انه ظاهر قول الشافعى ، وهو الذى قدمه المصنف هنا أنه لا يبطل لحديث عثمان رضى الله عنه ، فانه صحح البيع لكن هذا الاستدلال فيه نظر لأن الشافعى استدل لصحة الشرط بأثر عثمان ، فكيف يستدل به لصحة البيع مع بطلان الشرط ؟

واعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضى الله عنهم باليمين أنه ما علم • نص منه فى أن البيع صحيح ، وقد يقول القائل بعد ذلك : انه ليس فيه أن الشرط صحيح ، لاحتمال أن يكون عثمان عنده أن الشرط باطل ، وأن ظهور العيب موجب للرد على ابن عمر ولو كان غير ذلك من العيوب ، أو فى غير الحيوان ، لقضى فيه بهذا أيضا ، وهذا الاحتمال هو الذى لاحظته صاحب هذا الوجه ، والله أعلم •

لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ؟ وعندنا وعند صاحب هذا لأننا لا نعرف خلافا فى هذا — المذهب فيه أن من حلف فى العيب فى غير هذه المسألة يحلف على البت ، ولا يحلف على نفى

العلم : فان خالف صاحب هذا الوجه في ذلك لم يستقم له على قاعدة الشافعي ، وقد ظهر لك بهذا أن أثر عثمان صحيح في صحة البيع ، وفي أحد أمرين بعده ، اما في صحة الشرط والفرق بين العلم وغيره ، كما قاله الشافعي ، واما في أن من حلف على نفى العيب يحلف على نفى العلم ، فإنه قد يكون مذهب عثمان ذلك وهذا يبين لنا اشكالا في التمسك به ، الظاهر من المذهب والامام نمسك له بأن الشرط في وضعه ليس مخالفا لمقتضى العقد ، لأن الغرض من العقد النفوذ ، فالشرط يتضمن تأكيد للزوم والظاهر السلامة ، واعترض على هذا المعنى بأنه لو صح لوجب الحكم بصحة الشرط من وجهة مواهقة مقصود العقد .

وفرق المتولى بين شرط البراءة وسائر الشروط الفاسدة ، بأن قضية الامتناع من التزام سبب يفضى الى رفع العقد ، فكان موافقا لموضوع العقد ، لكن يرد عليه في هذا الشرط أن المبيع لا يكون في ضمانه قبل القبض ، والمنقول فيه أن العقد يبطل .

( والوجه الثاني ) وهو الذى قدمه في التنبيه . وقال الماوردى : انه قول جمهور أصحابنا ، وقال الرويانى وغيره من الأصحاب : انه القياس ، وجزم به الرويانى في الحلية أنه يبطل العقد كسائر الشروط الفاسدة ، ولأنه يختلف ما يقتضيه العقد من الرد بالعيب ، ولأنه يفضى الى جهالة الثمن بالطريقة التى قدرها المصنف وسيأتى أن ابن أبى عسرون اختار هذا أيضا ومال الغزالى اليه ، وفي المجرى من تعليق أبى حامد أن الأول ليس بشئ .

( وان قلنا ) بصحة الشرط هكذا في العيوب الموجودة عند العقد ، أما الحادث بعده وقبل القبض فيجوز الرد به ، قاله الماوردى والمتولى والراعى وغيرهم ، وقال القاضى حسين : انه لا خلاف على المذهب فيه ، نقل صاحب التتمة وغيره عن أبى يوسف أنه يجوز ، ونقله البغوى عن أبى حنيفة ، وقد وهم بعضهم فزعم أن كلام الغزالى فيه إشارة الى الحاق الحادث بعد العقد وقبل القبض بالحادث قبلها في البراءة عنه وليس في كلام الغزالى الحاق ذلك الا في صحة اشتراط البراءة عنه ، فلا تعتبر بذلك ، ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة

والتي تحدث لفيه طريقتان في تعليقه القاضي حسين ( أحدهما ) القطع بالبطلان ( والثانية ) على قولين بالكائنة ، وقال الراغبي : فيه وجهان ( أحصهما ) يذكر •

وقال الأكثرون غيره : انه هاسد ، قال القاضي حسين : ويبطل البيع بهذا الشرط وصاحب التتمة قال في هذه الصورة : انه اذا هسد الشرط فالحكم في بطلان العقد على ما سبق ، يعني فيصح العقد على المذهب ، فان أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى • قال الراغبي : ومقتضى ذلك مجيء الخلاف فيه بالترتيب • وقال الامام : المذهب أن الشرط يبطل بخلاف ما ذكرناه في المسألة الأولى يعني اذا جمع بين الكائنة والتي ستحدث •

وصرح الامام بثلاثة أوجه ( أحدها ) صحة البراءة في العيوب الحادثة مطلقا • ( والثاني ) الفساد مطلقا ( والثالث ) الفرق بين أن يذكر تابعا أو مقصودا ، وهذا معنى الأولوية التي ذكرها الراغبي ، وحيث فرقنا بين الحادث والقديم •

فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردي : ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة فيما اذا ادعى البائع في غير هذه الصورة الحدوث ، وادعى المشتري القدم ، فالقول قول البائع ، فمنهم من قال : ان العلة أن الحدوث تعين والتقدم مشكوك فيه ، فلهذا لا يبرأ منه البائع ، ويكون القول قول المشتري — ومنهم من قال : العلة أن ما أوجب الامضاء أولى ، فالقول هنا قول البائع ، ويمنع المشتري من الفسخ — وان فرعنا على القول الثالث فلا يبرأ مما علمه وكتمه ، ولا عما لم يعلمه من العيوب الظاهرة من الحيوان على الأصح ، ومنهم من اعتبر نفس العلم كما تقدم ، وهما وجهان حكاهما الماوردي ، هل المراد ما لم يكن معلوما لخفائه ؟ وان علمه البائع ؟ أو ما لم يعلمه لجهله ؟ ومقتضى كلام الروياني نسبة الأول الى المحصلين من أصحابنا ، وأنه الصحيح ، ونسبة الثاني الى حكاية أبي على في الانصاح والقاضي أبي حامد في الجامع وأنه غلط ، والرويانى قال هذا دفعا لن زعم أن الحيوان يأتي فيه التفصيل بين المعلوم ، وهو المحكى في

الافصاح والجامع ، وحيث حكى الوجهين من كلام الماوردى لم يتعرض له ، هل يلحق ما ماحوله في جوفه بالجواز ؟ قيل : نعم لعسر الوقوف .

وقال الأكثرون . منهم الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الضيب والقاضى حسين وغيرهم : لا وقال المحاملى انه لا خلاف فيه . وكذلك الرويانى قال انه لا خلاف فيه وجماعة حكوا الخلاف كما تقدم . منهم الجرجانى والراشعى وغيرهما لتبدل حال الحيوان . فان العيب الذى به قد يزول بنفسه وبأنه لا يمكن معرفة العيب الذى فى باطن الحيوان . وهذا يمكن بادخال عود ونحوه ، وبأن الحيوان يفتدى بالصحة والسقم فلا يخلو فى الغالب عن عيب بخلاف هذا فعلى هذا قال الشيخ أبو حامد : ان ( قلنا ) بطريقة الاصطخرى كان فيه قولان ( وان قلنا ) بالطريقة الاخرى لم يصح الشرط فولا واحدا ( قلت ) وهذا على الطريقة المشهورة ، وتأتى فيه الطرق المتقدمة .

( فرع ) قد اجتمع فى الشرط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط . قال الامام والقاضى حسين قبله : وهذا كاختلاف الأقوال فى شرط نفى خيار المجلس والرؤية اذا جوزنا بيع الغائب ، وفيها الأقوال الثلاثة كما وصفناها . وخيار الرد بالعيب خيار شرعى يتضمنه مطلق العقد . كخيار المجلس . وخيار الرؤية ( قلت ) لكن الأصح فى نفى خيار المجلس بطلان العقد ( والأصح ) هنا صحته عند الامام والرافعى . فيحتاج الى الفرق ، وأما على ما نسبته الماوردى الى الجمهور فلا . قال القاضى حسين : فعلى هذا الترتيب يجتمع فى الحيوان أربعة أقوال هذه الثلاثة ورابع وهو التفصيل .

( تنبيه ) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط فى غير الحيوان وصحته فى الحيوان مع التفصيل فى البراءة ، فان سقط ذلك فى غير الحيوان . قال ابن أبى عصرون : فالشرط والبيع باطلان . وهذا منه كأنه اختيار لقوله : البطلان ، اذا قلنا بفساد الشرط ( أما ) على القول الذى صححه الرافعى وغيره من أنه اذا فسد الشرط يصح العقد . فينبغى أن يكون كذلك . ولا فرق بين الحيوان وغيره فى ذلك اذا قلنا

بفساد الشرط بالحيوان ، وكذلك أطلق صاحب التتمة أن المذهب أن العقد صحيح •

( فسر ) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه فالقاضي حسين يبطل البيع قولا واحدا وتبعه المتولى فقال : اذا شرط أن لا يرد عليه اذا وجد به عيبا فالعقد باطل وعلاؤه بأنه منع تصرف في حق ثبت له بمقتضى العقد بخلاف شرط البراءة ، فإنه بشرط البراءة منع ثبوت الحق وخالف الراعى ما جرى فيه الخلاف وهو أظهر •

وان ما ذكره القاضي في شرط البراءة يمكن أن يقال مثله في شرط عدم الرد ولو اختلفا في شرط مبيع البراءة فادعاء البائع وأنكر المشتري ( فان قلنا ) البيع صحيح مع شرط البراءة تحالفا على الصحيح وقيل : القول قول المشتري مع يمينه لأن الأصل عدم الشرط ، وهو قول القاضي أبى حامد ، ولم يذكر الرويانى في البحر غيره ، وقال : فيحلف أنه لم يعلم ولم يرض •

( وان قلنا ) فاسد ، غفى التهذيب أن القول قول البائع بيمينه ، وينبغى أن يخرج على الاختلاف في دعوى الصحة والفساد ، ومن المعلوم الظاهر أنه اذا باع بشرط البراءة من عيب علمه المشتري ورآه أن البيع صحيح ولا أثر للشرط المذكور في هذه الحالة ومن جملة الاطلاق أن يقول له : هذه هي العيوب وأبرئني منها ( واذا قلنا ) بالصحيح فقال المشتري : علمت هذا العيب وكتمته • وقال البائع : لم أعلم فالحقول قول البائع مع يمينه ، فيحلف بالله بعبته وما علمت به عيبا كتمته ، بدليل حديث عثمان ، قاله في التهذيب •

( فسر ) شغف بعض الوراقين في هذا الزمان بأن يجعل بدل شرط البراءة : أعلم البائع المشتري أن بالمبيع جميع العيوب ورضى به ، وظنوا أن ذلك يجوز منهم عن بطلان البيع ، والشرط على بعض الأقوال في شرط البراءة . وهذا جهل لا يجوز فعله ولا يفيد • ( أما ) أنه لا يجوز فعله لأنه كذب ، لأنه لا يمكن اجتماع جميع العيوب في محل ،

ومنها ما هو متضاد ( وأما ) أنه لا يفيد ، فلما تقدم أن الصحيح عندنا أنه لا يكفى بالتسمية فيما يمكن معاينته كالزنا والسرقة والاباق ، فذكره مجملا بهذه العبارة كذكر ما يمكن معاينته بالتسمية من غير رؤية ، فقياسه أنه لا يفيد فيه أيضا ، فهذا فعل باطل وشهادة باطلة ، قصدت التحذير عنها لأن كثيرا ما يغيرها ولا يجوز للحاكم الزام المشتري بمقتضى هذا الاقرار للعلم بكذبه وبطلانه ، وإذا وقع ذلك يكون حكمه حكم ما لو شرط البراءة ، فيفسد العقد على أحد القولين ، ويصح على الآخر ، ويبرأ من العيب الباطل المجهول في الحيوان دون غيره •

( فرع ) يختم به الباب ، قال النووي في الروضة : قال أصحابنا : إذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أسباب : خيار المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف الشرط المقصود ، والاقالة والتحالف وهلاك المبيع قبل القبض •

( قلت ) والتصية لما كانت ملحقة عند الأكثرين بالعيب ، وعند بعضهم بالخلف لم تكن خارجة عن ذلك ، ولكن قد بقى عليه رجوع البائع عند اغلاس المشتري ، وله أن يلحقه بالعيب ، لكن مثل هذا التكلف يقتضى عد العيب والخلف شيئا واحدا ، فالوجه جعل ذلك قسما آخر ، وبقي عليه أيضا الافتراق في الديويات قبل التقابض ، وهو راجع الى هلاك المبيع ، وبقي أيضا تعذر امضاء العقد كما في اختلاط الثمار ، وببيع الصبرة بالصبرة المخالفة لها مكايلة ، كما تقدم على اختلاف فيها •

( وأما ) الخيار الحاصل بسبب الاجبار في المراجعة فهو راجع الى العيب لأنه كالعيب في المبيع ، وقد ذكر المصنف في التنبيه مسألة الاختلاف في قدم العيب وحدوثه ، وإذا باعه عصيرا أو سلمه ، ولم يذكرهما في المذهب في هذا الباب ، وذكر المسألة الأولى في باب اختلاف المتبايعين ، وسنشرحهما هناك ان شاء الله تعالى بعون الله وتيسيره •

\* \* \*



## فهارس الجزء الحادى عشر

### من كتاب المجموع

أولا	: الآيات القرآنية
ثانيا	: الأعلام
ثالثا	: الأحاديث والأخبار والآثار
رابعا	: الأشعار الاستشهادية
خامسا	: الأحكام



## أولا : الآيات القرآنية

الصفحة	
٤٢١	« أطلع الغيب أم اتخذ عند الرحمن عهدا »
٣٩	« أعجاز نخل منقعر »
٣٠١	« انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت »
٣٧٠	« ثمانية أزواج »
٤٥	« فان خفتن ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما امتدت به »
٢١١	« فلا تقل لهما أف »
١٥٤	« كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده »
٤٥	« ثم آتوا الصيام الى الليل »
٢١٤	« وأحل لكم ما وراء ذلكم »
١٥٨	« وما جعل عليكم في الدين من حرج »



## ثانيا : الأحاديث والآثار والأخبار

### حرف الألف

#### الصفحة

- أبى ابن عمر أن يحلف وقبل الغلام فباعه بعد ذلك  
بألف وخمسمائة درهم ٦٠٨
- أتيت عروة فأخبرته فقال : أروح اليه العشي  
فأخبره أن عائشة رضى الله عنها أخبرتنى أن  
رسول الله ﷺ قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان  
فعلجت الى عمر فأخبرته ... الخ ٤٠١ ، ٤٠٠ ، ٣٣٩
- أجل الجارية بها الجذام سنة ٣٢٢
- أحدى المعضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة  
واحدة تثبتها وثلاث تحررها ٢١٤
- إذا بعثت نفل : لا خلافة ولك الخيار ثلاثا ٣٢٢ ، ٥٧٠
- إذا حدثتكم عن الله شيئا فخذوا به ، فأننى لن  
أكذب على الله ٤٦
- إذا اشتري أحدكم نعجة أو شاة ٢٠٦
- أردت عليها الحج ، قال : أن بخفها نقبا ٣٠٢ ، ٢٩٨
- أرسل الى مولاها أن زوجها قد أبى أن يطلق  
فأقبلوا جاريتكم ٣٤٧
- ألا لا توطأ حامل حتى تضع ١٤٦
- ألا أقرئك كتابا كتبه لى رسول الله ﷺ ؟ قلت :  
بلى فأخرج لى كتابا : هذا ما اشتري العداء بن خالد  
ابن هوذة من محمد رسول الله ﷺ ، اشتري منه  
عبدا أو أمة لا داء ولا خبثة ولا غائلة بيع المسلم  
المسلم ٣٠٣
- الامة تباع ولها زوج قضى عثمان أنه عيب ترد به ٥٦٩
- أما لا فلا تبأيعوا حتى يبذو صلاح الثمرة  
كالشورة يشير بها لكثرة خصومتهم ١١٧
- ان أبا سالم باع غلاما ثمانمائة بالبراءة من كل  
آفة فوجد الرجل به عيبا ، فخاصمه الى عثمان

الصفحة

- رضى الله عنه فقال عثمان لابن عمر : احلف وما به  
داء تعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف وقيل الغلام  
مبايعه بعد ذلك بألف وخمسمائة ٦٠٨
- أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع فذكر ذلك  
للنبي ﷺ فقال : إذا بيعت فقل : لا خلافة ولك  
الخيار ثلاثا ٥٧٠
- أن الخراج بالضمان ٣٩٩
- أن بخنها نقبا ٣٩٨ ، ٣٠٢
- أن رجلا من مزينة طلق إمراته ثلاثا قبل أن يدخل  
بها ، فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة رضى  
الله عنه فقال ابن عباس رضى الله عنه : احدي  
المعضلات يا أبا هريرة فقال أبو هريرة رضى الله  
عنه : واحدة تثبتها وثلاث تحرمها ، فقال  
ابن عباس : زينتها يا أبا هريرة ، أو قال :  
نورتها أو كلمة تشبهها - يعنى أصاب ٢١٤
- أن لريكي باعك ابلا هيماء ولم يعرفك قال :  
فاستقينا إذن فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر :  
دعها رضيينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى ٣١٠
- أن شاء ردها وصاعا من تمر وكان بها احتلب  
من لبنها ٢٤٩
- أن شئت كسروا فما وجدوا سدا ردوه ٥١٦
- أن صدقا وينا بورك لهما في بيعهما ، وأن كذبا  
وكتما محقت بركة بيعهما ٣٠٣
- أن النبي ﷺ أنشد قول الأعرابي حين حرم عليه  
بعض ملوك الجاهلية ثمرة نخلة له :  
جذذت جنى نخلتى ظالما وكان الثمار لمن قد أبرأ  
فقال النبي ﷺ : وكان الثمار لمن قد أبرأ ٣١
- أن عثمان قضى بأنه عيب ترد منه ٥٦٩
- أنما ظننت ظنا فلا تؤاخذوني بالظن ، ولكن إذا  
حدثتكم عن الله تعالى شيئا فخذوا به فاننى لن  
أكذب على الله تعالى ٥٢٠
- أى الرقاب أفضل ؟ قال : أعلاها ثمنا وأنفسها  
عند أهلها ٥٢٠
- أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ٤٦

## حرف الجاء

الصفحة

- ١٤٩ بدو الصلاح في الثمر بطلوع الثريا  
أبصر النبي ﷺ الناس يلحقون فقال : ما للناس ؟  
قالوا : يلحقون . فقال : لا لقاح أو لا أدرى اللقاح  
شيئا ، فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيئا  
فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟ قالوا : كنت نهيت عن  
اللقاح فقال : ما أنا بزارع ولا صاحب نخل لحقوا  
٤٦ بعثت بالحنيفية السمحة  
١٥٩ باع رجل على عهد رسول الله ﷺ حائطا مثيرا  
ولم يشترط المبتاع الثمر ولم يستثن البائع ولم يذكره  
فلما ثبت البيع اختلفا في الثمر واحتكما منه الى  
النبي ﷺ فمضى بالثمر للذي لقيح النخل - البائع ٣٠  
ابتاع رجل غلاما فاقام عنده ما شام الله أن يقيم به  
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي ﷺ ورده عليه  
فقال الرجل : يا رسول الله . . قد أستقل غلامي  
٣٩٨ فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمآن  
باع عبد الله بن عمر غلاما بثمانمائة بالبراءة  
من كل آفة فوجد الرجل به عيبا فخاصمه الى  
عثمان رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر رضي الله  
عنه : احلف لقد بعته وما به داء تعلمه ، فأبى  
ابن عمر أن يحلف ، وقبل الغلام فباعه بعد ذلك  
بألف وخمسمائة  
٦٠٨ بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة  
٣٠٢ بايعت رسول الله ﷺ على اقامة الصلاة وإيتاء  
الزكاة والنصح لكل مسلم  
٣٠٢ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ، فإن صدقا وبينا  
بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة  
بيعهما  
٣٠٣ المتبايعان بالخيار وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم  
يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع  
٣٣١ بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم  
٢٢٩ ابتعت غلاما فاستغليته ثم ظهرت منه عيب  
فخاصمته فيه الى عمر بن عبد العزيز فمضى له  
برده ، وقضى على برده غلته ، فأتيت عسرة

## الصفحة

فأخبرته ، فقال : أروح اليه المشية فأخبره ان عائشة رضى الله عنها اخبرتنى ان رسول الله ﷺ « قضى في مثل هذا أن الخراج بالضمان » فعجلت الى عمر فأخبرته ما اخبرنى عروة ، فقال عمر : فما أيسر على من قضاء قضيته الله يعلم انى لم ار فيه الا الحق ، فبلغنى فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراج اليه عروة فغضى له ان آخذ الخراج من الذى قضى به على له

٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١

ابن قتيبة بن عوف جارية فقيل له : ان لها زوجا فارسل الى زوجها فقال له : طلقها ، فأبى فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى ، فأرسل الى مولاها أنه قد أبى أن يطلق فاقبلوا جاريتكم

٣٤٧

٣٠٢

بين لك ما فيها يتبايعون الثمار فاذا جذ الناس وحضر تقاضيههم قال المبتاع : انه اصاب التمر الزمان

١١٧

## حرف التاء

٤٦

٢٣٣

تركوا اللقاح فخرج ثمر الناس شيبا  
تمر أو شميمير

## حرف الشاء

٣٠

٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢

٣٢٠

٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨

٥٢

٥٢٠

ثبت البيع  
ثلاثة أيام زمن الخيار  
ثلاث ليال عهد الرقيق  
ثمرتها للبايع الا أن يشترط المبتاع  
ثمنا أعلى وانفسها عند أهلها  
ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي ﷺ ورد عليه  
فقال الرجل : يا رسول الله .. قد استغل غلامي  
فقال رسول الله ﷺ : الخراج بالضمان

٣٩٨

## حرف الجيم

جاء نواس الى ابن عمر فقال : ان شريكى  
باعك ابلا هيمما

٣١٠

## الصلحة

- جاريه لم يطلقها زوجها فقال له : طلقها فأبى  
فجعل له مائتين فأبى فجعل له خمسمائة فأبى فأرسل  
إلى مولاها أنه قد أبى فأقبلوا جاريتمكم ٣٤٧  
فجعل النبي ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فنرد عليه  
دراهمه ويأخذ سلعته ٣٤٧ ، ٥٧٠  
فجعل له مائتين فأبى فجعل خمسمائة فأبى .. الخ ٣٤٧

## حرف الحاء

- حبان بن منقذ رضى الله عنه كان يخدع في البيوع  
فجعل النبي ﷺ له الخيار ثلاثا ان شاء اخذ وان  
شاء رد ٣٢  
حتى يبلغ الكتاب أجله ٢١٢  
احتكما منه الى النبي ﷺ فتضى بالشهر للذى  
لقح النخل ٣٠  
يطلبها وان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا  
من تمر بها احتلب منها ٢٠٧ ، ٢٤٩  
يحلف ما كان به داء علمته وقد رأى ابن عمر  
التبري، يبرئه ما علم وما لم يعلم ٦٠٨  
ليحلل أحدكما صاحبه ٦١٧  
يحمل نخل أنس بن مالك في السنة مرتين ١٨٢

## حرف الخاء

- أخبر نواس أنه باعها من شيخ كذا وكذا  
فقال له : ويلك .. فباع نواس أنه باعها ٣١٠  
أخبرتني عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ  
تضى في مثل هذا أن الخراج بالضمين ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١  
خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول :  
لا أفعل .. الخ ٣٢٢ ، ٥٧٠  
الخراج بالضمين = أخبرتني عائشة ٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١  
خرج ثمر الناس شيئا ٤٦  
الخصومة في ذلك كثرت عنده فقال ﷺ : أما لا  
فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالشورة يشير  
بها لكثرة خصومهم ١١٧  
تخاصما عند النبي ﷺ في موارد درسمت  
فقال ﷺ : أسها وأوجبا ليحلل أحدكما صاحبه ٦١٧

## الصفحة

خاصمه الى النبي ﷺ ورد عليه فقال الرجل :  
يا رسول الله قد استقل غلامى فقال ﷺ : الخراج  
بالضمان  
الخيار ثلاثة ايام

٣١٨

٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٣٢٢

## حرف الدال

أدخل يده فيه فقال : لعلك عشتت من غشنا  
فليس منا  
أدركنى وائلة وهو جرداء فقال : يا عبد الله  
اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟  
دراهمه ترد عليه  
دعها رضيينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى  
الدين النصيحة

٣٠٢ ، ٣٠٣

٣٠٢

٣٢٢ ، ٥٧٠

٣١٠

٣٠٣ ، ٢٠٧

## حرف الذال

ذكر للنبي ﷺ أن حبان بن منقذ كان يخذع في  
البيع فقال : اذا بيعت فقل : لا خلافة ولك الخيار  
ثلاثا

٣٢٢ ، ٥٧٠

## حرف الراء

رايت رسول الله ﷺ مر بجنبات رجل عنده طعام  
في وعاء فأدخل يده فيه فقال : لعلك غشتت من  
غشنا فليس منا  
أرايت ان منع الله تعالى الثرة فبم يأخذ  
أحدكم مال أخيه

٣٠٣

١١٧ ، ١١٨ ، ١٢٢

١٤٥

أردده فانك قد غبتت أو غشتت فيرجع الى  
بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمى فيقول :  
لا لا اعمل قد رضيت فذهبت حتى يمر الرجل من  
أصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد  
جعله بالخيار فيما يبتاع ثلاثا فترد عليه دراهمه  
ويأخذ سلعته

٣٢٢ ، ٥٧٠

## الصفحة

- ٥٧٠ رد على دراهمي وخذ سلعتك  
٣١٠ رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى  
٣١٢ رده عليه بالعيب

## حرف الزاي

- زينتها يا ابا هريرة او قال : نورتها او كلمة  
٢١٤ تشببها

## حرف السين

- ٢١٤ سال رجل ابن عباس وعنده ابو هريرة  
٦٢٢ ست ركعات في كل ركعة ست سجعات  
٢١٠ سقاه الله تعالى وأطعمه  
٥٧٠ سلعتك خذها ورد دراهمي  
استقنا اذن فلما ذهب ليستاقها قال ابن عمر :  
٣١٠ دعها رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى

## حرف اللشين

- اشترى عبد الرحمن بن عوف من عاصم بن عدى  
٥٦٩ جارية فأخبر ان لها زوجا فردها  
اشترى ابن عمر ابلاهيما من شريك لرجل يقال  
له نواس من اهل مكة فأخبر نواس انه باعها من  
شيخ كذا وكذا ، فقال له : ويلك .. فجاء نواس  
الى ابن عمر فقال : ان شريكي باعك ابلاهيما ولم  
يعرفك قال : فاستقها اذن فلما ذهب ليستاقها قال  
ابن عمر : رضينا بقضاء رسول الله ﷺ لا عدوى  
٣١٠ اشترى عمرو بن حريث الصحابي من اعرابي  
بيضا من بيض النعام اربعا او خمسا فلما وضعهن  
بين يدي عمرو بن حريث كسر واحدة فاذا هي  
ماسدة ثم ثانية ثم ثالثة حتى تتابع منهن فاسدات  
فطلب الاعرابي يخاصمه الى شريح فقال شريح :  
اما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي اخذه به واما  
ما بقي فانت يا اعرابي بالخيار ان شئت كسرا  
٥١٦ فما وجدوا فاسدا ردوه

## الصفحة

اشتريت ؟ قلت : نعم قال : بين لك ما فيها ؟  
اشترى حبان فرجع الى اهله فيقولون له :  
ارده فانك قد غبنت او غششت فيرجع الى بيعة  
فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمي فيقول : لا افعل  
قد رضيت فذهبت به حتى يمر الرجل من أصحاب  
النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله ﷺ قد جعله  
بالخيار فيما يحتاج ثلاثا فتد عليه دراهمه ويأخذ  
سلعته

٥٧٠

اشترت ناقة من دار وائلة بن الاسقع ، فلما  
خرجت بها أدركنا عقبة بن عامر فقال : هل بين لك  
ما فيها ؟ قلت : وما فيها انها لسمينة

٢٩٨ ، ٣٠٢

## حرف الصاد

الصلاح في الثمر بطلوع الثريا  
صلى على بن ابي طالب رضى الله عنه انه صلى  
في ليلة ست ركعات في كل ركعة ست سجعات  
صاعا من تمر وكان بما احتلب من لبنها  
صاعا من تمر او صاعا من شعير  
صاعا من تمر المدينة  
صاعا من طعام او صاعا من تمر  
صاعا من تمر والرهن مركوب ومحلوب

١٤٩

٦٢٢

٢٤٩

٢٠٢ ، ٢٣٣

٢٣٥

١٩٨

١٩٧

## حرف الطاء

اطعمه الله وسقاه  
طلب الأعرابي يخاصمه الى شريح فقال شريح :  
أما ما كسر فهو ضامن له بالثمن الذي أخذه به  
وأما ما بقي فانت يا أعرابي بالخيار ان شئت كسروا  
فما وجدوا فاسدوا ردوه  
طلق رجل من مزينة امراته ثلاثا قبل ان يدخل  
بها فأتى ابن عباس يسأله وعنده أبو هريرة فقال  
ابن عباس : احدى العضلات يا أبا هريرة فقال  
أبو هريرة : واحدة تثبتها وثلاث تحرمها فقال  
ابن عباس : زينتها يا أبا هريرة أو قال : نورتها ،  
أو كلمة تشبهها ... يعنى أصاب  
طلوع الثريا

٢١٤

١١٥

٦٤٩

( ٤١ - المجموع - ج ١١ )

الصفحة

### حرف العين

- ٥٢٠ اعلاها ثنا وانفسها عند اهلها  
٣٢٠ عهد الرقيق ثلاث ليل  
٥٦٩ عيب ترد به الجارية زواجها

### حرف الفاء

- ٥٢٠ افضل الرقاب اعلاها ثنا وانفسها عند اهلها  
فلما ثبت البيع اختلفا في التمن واحتكما فيه الى  
النبي ﷺ فقضى بالتمن للذي لقم النخل - البائع  
٣٠ فلما خرجت بها اذركني واتته وهو يجر رداءه  
مقال : يا عبد الله استتريت لا قتت : نعم قال :  
٣٠٢ بين لك ما فيها ؟  
٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ فهو بالخيار ثلاثة ايام

### حرف القاف

- قبل عبد الله بن عمر الغلام فباعه بعد ذلك  
٦٠٨ بالف وخمسمائة  
٣٤٧ اقبلوا جاريتكم قد ابى ان يطلق  
قد جعله ﷺ بالخيار فيما يبتاع ثلاثا مترد عليه  
٥٧٠ دراهمه وياخذ سلعته  
٣٤٧ قد ابى جاريتكم ان يطلق  
٣٩٩ قضى النبي ﷺ ان الخراج بالضمان  
٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ قضى له ان اخذ الخراج من الذي قضى به على له  
٥٦٩ قضى عثمان انه عيب ترد منه  
قضى عثمان على ابن عمر بان يحلف ما كان به  
داء علمته وقد راي ابن عمر ان التبري تبرئه مما علم  
٦٠٨ وما لم يعلم  
قضى في مثل هذا ان الخراج بالضمان فجمعت  
الى ما خبرته ما اخبرني عروة فقال عمر : فما ايسر  
على من قضاء قضيته ، الله يعلم اني لم ار فيه الا  
الحق ، فبلغني فيه بسنة عن رسول الله ﷺ فراح  
اليه عروة فقضى له ان اخذ الخراج من الذي قضى  
به على له  
٣٩٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١

## الصفحة

- قال : ما للناس ؟ قالوا : يلحقون فقال : اولا  
ادري اللقاح شيئا فقال : تركوا اللقاح فخرج ثمر  
الناس شيئا فقال النبي ﷺ : ما شأنه قالوا :  
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما انا مزارع  
ولا صاحب نخل لحقوا ٤٦  
قال ﷺ لرجلين تخاصما عنده في موارد درست  
اسهما واوجبا ليحلل احدكما صاحبه ٦١٧  
قيل : وما تشقح قال : تحمار وتصفر ويؤكل منها ١٤٩  
قلت لعبد الله : متى ذلك ؟ قال : طلوع القريا ١١٥  
قال المبتاع : انه اصاب التمر انزمان اصابه  
مراض اصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال ﷺ  
لما كثرت عنده الضومة : اما لا فلا يتبايعوا  
حتى يبدو الصلاح ١١٧

## حرف الكاف

- كسروا واحدة فاذا هي فاسدة ثم ثانية ثم ثالثة  
حتى تتابع منها فاسدات ٥١٦  
كل شرط ليس هو في كتاب الله فهو باطل ٦١٧  
كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد ٣٠٨  
وكان الثمار لمن قد ابرا ٣١  
كان حبان بن منقذ اذا اشترى فرجع الى اهله  
فيقولون له : اردده فانك قد غبت او غششت  
فيرجع الى بيعه فيقول : خذ سلعتك ورد دراهمي  
فيقول : لا افعل ، قد رضيت فذهبت به حتى يمر  
الرجل من اصحاب النبي ﷺ فيقول : ان رسول الله  
صلى الله عليه وسلم قد جعله بالخيار فيما يتباع  
ثلاثا فترد عليه دراهمه ويأخذ سلعته ٣٢٢ ، ٥٧٠  
كان شعر النبي ﷺ شعرا رجلا ليس بالجمعد  
القطط ولا بالسبط ، كان جمعدا رجلا ٢٨٥  
كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون  
التمسار ، فاذا جد الناس وحضر تقاضيمهم قال  
المبتاع : انه اصاب التمر الزمان اصابه مراض  
اصابه قشام عاهات يحتجون بها فقال رسول الله ﷺ

## الصلحة

- لما كثرت عنده الخصومة في ذلك : اما لا تبايعوا  
حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير بها لكثرة  
خصومتهم ١١٧  
كان نخل انس بن مالك رضى الله عنه تحمل في  
السنة مرتين في السنة بدعوة النبي ﷺ له ١٨٢  
كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما انا بزارع ولا  
صاحب نخل ، لقحوا ٤٦

## حرف اللام

- لعلك غششت من غشنا فليس منا ٣٠٣  
لقحوا ، ما انا بزارع ولا صاحب نخل ٤٦  
لما كثرت الخصومة في ذلك قال ﷺ : اما لا  
فلا تبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة كالمشورة يشير  
بها لكثرة خصومتهم ١١٧  
لما نزلت « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس  
اهل البيت » فقال واثله بن الأسقع : وانا من اهلك  
فقال . وانت من اهلى . قال : فهذا ارجى ما ارجى ٣٠١  
لم يزل في مقت الله ونم تزل الملائكة تلعبه ٣٠٢  
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ٣٠٦

## حرف الميم

- ما ادركت الصلقة حيا مجموما ممن المبتاع ٣٢٢  
ما انا بزارع ولا صاحب نخل ، لقحوا ٤٦  
ما للناس ؟ قالوا : يلتحون ، فقال : لا لقاح  
او لا ادري اللقاح شيئا ، فقال : تركوا اللقاح  
فخرج ثمر الناس شيئا فقال النبي ﷺ : ما شأنه ؟  
قالوا : كنت نهيت عن اللقاح فقال : ما انا بزارع  
ولا صاحب نخل ، لقحوا ٤٦  
ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال : اصابته  
الساء ... الخ ٣٠٢  
مثل لبنها تمحا ٢٤٦  
مر بجنبات رجل عنده طعام في وعاء فادخل يده  
فيه ، فقال : لعلك غششت من غشنا فليس منا ٣٠٦

## الصفحة

٣٠٢	مر النبي ﷺ على صبرة طعام فادخل يده فيها فناثت أصابعه بللا فقال : ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال : أصابته السماء يا رسول الله قال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ، من غش فليس مني
٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠	المسلم أخو المسلم ، فلا يخل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا الا بينه له
٢١٣	امكث في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله
١٩٤ ، ١٩٥	من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فان ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها تمحا
٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨	من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع
٥٢	
٢٠٧	من ابتاع مصراة فهو بخير النظرين.بعد أن يحلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر من باع عيبا ولم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه
٣٠٣	من اشترى شاة مصراة
٢٠٥	من اشترى شاة محفلة فليردها فليردها ومعها
١٩٨	صاع
٣٠٢	من غش فليس مني
٣٠٣	من غشنا فليس منا
٦١٧	المؤمنون عند شروطهم

## حرف التون

١٩٨	نهى النبي ﷺ أن تتلقى الأجلاب وأن يبيع حاضر لباد ، ومن اشترى مصراة فهو بخير النظرين ، فان حلبها ورضيها أمسكها ، وان ردها رد معها صاعا من طعام أو صاعا من تمر
١١٥	نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى النبي ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد وعن بيع العنب حتى يسود وعن الثمرة حتى تزهي
١٣٣ ، ١٤٨	نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطعم
١٤٨ ، ١٤٩	

لصفحة

- نهى النبي ﷺ عن السنبل حتى يبيض ويأمن  
 ١٣٣ العاهة
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يزهر وعن  
 ١٤٩ السنبل حتى يبيض
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى تنجو من  
 ١١٦ العاهة
- نهى النبي ﷺ عن بيع ثمرة النخل حتى تزهى  
 ١١٥ والسنبل والزرع حتى يبيض ويأمن العاهة
- نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى تطيب  
 ١٤٩ ، ١٩٢
- نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى يشقق ، قيل :  
 وما يشقق يا رسول الله ؟ قال : تصار وتصفر  
 ١١٦ ويؤكل منها
- نهى النبي ﷺ عن بيع لعنب حتى يسود  
 ١١٦ وعن بيع الحب حتى يشتد
- نهى عن بيع المحلات خلافة ولا تصل الخلافة  
 ٢٢٩ لمسلم
- نهى النبي ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه  
 أو يؤكل ، وحتى يوزن ، قالت : قلت : ما يوزن  
 ١١٦ فقال رجل عنده : حتى يحرز
- نهى رسول الله ﷺ عن النجس والتصرية  
 ٢٠١ نورتها يا أبا هريرة أو كلمة تشبهها —
- ٢١٤ أصاب

### حرف الهاء

- هذا أرجى ما أرجى  
 ٣٠١ هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء
- ابن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة  
 ٣٠٢ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوزة من
- محمد رسول الله ﷺ اشترى منه عبدا أو أمة لا داء  
 ٣٠٣ ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم
- عل من لك ما فيها ؟ قلت : وما فيها أنها لسيئة  
 ظاعرة الصحة ، فقال : أردت بها سفرا أم أردت  
 بها حجا قلت : أريد عليها الحج ، قال : ان بخفيها

## الصفحة

نقبا ، قال صاحبها : أصلحك الله ما تريد الى هذا  
هو على ما قال : انى سمعت رسول الله ﷺ يقول :  
لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل لمن  
يعلم ذلك الا بينه

٢٩٨ ، ٣٠٢

## حرف «لا»

لا يبيع حاضر لباد ، ولا تلقوا السلع بأفواه  
الطرق ، ولا تناجشوا ولا يسم الرجل على سوم  
أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يرد ،  
ولا تسال المرأة طلاق أختها لتكتفى ما فى صحتها  
فانما لها ما كتب ، ولا تبيعوا المرأة من الأبل  
والغنم فمن اشتراها فهو بالخيار ان شاء ردها  
وصاعا من تمر ، والرهن مركوب ومحلوب ١٩٧  
لا تتبايعوا الثمرة حتى يبدو صلاحها ولا تتبايعوا  
الثمر بالثمر ١١٦

لا تباع الثمرة حتى تشقح فقل : وما تشقح ؟  
قال : تحمار وتصفار ويؤكل منها ١٤٩  
لا جلب ولا جنب ولا أراض ولا يبيع حاضر  
لباد ، ولا تصروا الأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك  
فهو اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها  
وان سخطها ردها وصاعا من تمر ١٩٨

لا يحل لأحد يبيع شيئا الا بين ما فيه ولا يحل  
لمن يعلم ذلك الا بينه

٢٩٨ ، ٣٠٢

لا تحل الخلابة لمسلم  
لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا يعلم فيه عيبا  
الا بينه له

٢٩٩

٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠

لا خلابة ولك الخيار ثلاثا قلها اذا ابتعت ٥٧٠  
لا تصروا الأبل والغنم فمن ابتاعها بعد ذلك فهو  
اذا حلبها بخير النظرين ان رضىها أمسكها وان  
سخطها ردها وصاعا من تمر ١٩٨

٥٧٢

لا ضرر ولا ضرار  
لا تصروا الأبل والغنم للبيع فمن ابتاعها بعد  
ذلك فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثا ، ان

## الصفحة

رضيها أمسكها ، وان سخطها ردما وصاعا من  
 تمر لا سمراء  
 لا توطأ حامل حتى تضع  
 ١٩٤ ، ١٩٥  
 ١٤٦

## حرف الياء

يا رسول الله قد استغل غلامى فقال رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم : الخراج بالضمان  
 يا عبد الله اشتريت ؟ قلت : نعم ، قال : بين لك  
 ما فيها ؟  
 ٣٩٨  
 ٣٠٢  
 يا أبا هريرة زينتها أو نورتها أو كلمة تشبهها  
 يعنى أصاب  
 ٢١٤

\* \* \*

## ثالثا : الأسماء الاستشهادية

المنحة

٣١

\* وهو سر غلب لمن غلب \*

الأعشى

\* \* \*

٣١

جذبت جنى نظنى ظالمها وكان الثمار لمن قد أبرأ  
أعرابي

\* \* \*

٤٧

تأبدي يا خيرة المسسل تأبدي من جيد فسل  
إذا من أهل النخل بالفحول

شاعر

\* \* \*

٢٠٠

لعلت لقومي هذه مدقاتكم ممررة أخلافا لم تجدد  
مالك بن نويرة

\* \* \*

٢٠٠

وهلت : خفوا أموالكم غير خائف ولا ناظر فيما يجيء من الغد  
فإن قام بالأمر المخوف قائم منعنا وقتنا الدين دين محمد  
مالك بن نويرة

\* \* \*

٢٠١

يارب ماء صرى وردته سبيله قائم حدث  
عبيد

\* \* \*

٢٠١

\* يخفى الباز إذا الياز كسر \*

المجاج

\* \* \*

٢١٦

إذا حسنى اللاني أدل بها صارت نثوبى فقل لى كيف أعتز  
البحترى

\* \* \*

## رابعاً : فهرس الأعلام

الصفحة

- أبان بن عثمان ٣٢٠  
 إبراهيم بن أحمد = أبو اسحاق المروزي  
 إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد = ابن أبي الدم  
 إبراهيم بن علي بن يوسف = أبو اسحاق الشبرازي  
 الأبيوردی أبو یعقوب ١٧٧  
 ابن الأثير ( علي بن محمد بن عبد الكريم الجزري ) ١٩٨  
 أبو بكر أحمد بن اسماعيل = أبو بكر الاسماعيلي ١٩٨ ، ٢٣٦  
 أحمد بن بشر بن عامر = القاضي أبو حاتم المروزي ٧٣ ، ١٠٧ ،  
 ١٤٢ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦٩ ، ٢١٩ ، ٢٢٢ ، ٢٤٦ ، ٢٩٢ ، ٢٩٨ ، ٣١٨ ،  
 ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤٢٦ ،  
 ٢٦٨  
 أحمد بن حنبل الشيباني امام الأئمة ٣١ ، ١٠٥ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٤٥ ،  
 ١٤٨ ، ١٦٦ ، ٢٠٧ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٣ ، ٣٦٢ ،  
 ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٤٠٣ ، ٤١٨ ، ٤٣٨ ، ٤٤٧ ، ٤٥١ ، ٥٠٥ ،  
 ٥١٨ ، ٥١٩ ، ٥٥٣ ، ٥٧١ ، ٥٧٢ ، ٥٧٧ ، ٥٩٤ ، ٦١٠ ،  
 ٦١٨  
 أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني صاحب المعايه =  
 الجرجاني ،  
 الأزدي ( عبد الله بن سليمان بن الأشعث بن أبي داود أبوه  
 صاحب السنن السجستاني ) ٣٩٩  
 الأزهری ( محمد بن أحمد صاحب الزاهر في غريب مختصر المزي )  
 ٨٠ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ،  
 أبو اسحاق المروزي ( إبراهيم بن أحمد ) ٤٠٣ ، ٨٠٥ ،  
 ١٥ ، ١٦ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٤١ ، ٤٣٠ ، ٥٠ ، ٥٢ ، ٥٨ ، ٧٢ ، ٧٤ ، ٨٢ ،  
 ٩٢ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ١٠٨ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١٧٣ ،  
 ١٨٠ ، ١٩٦ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ،  
 ٢٦١ ، ٢٦٣ ، ٢٦٥ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٣١٤ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٢٦ ،  
 ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٥٣ ، ٣٦٣ ، ٣٧٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩٢ ،  
 ٤٠٢ ، ٤٨٢ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٩١ ، ٥٠٦ ، ٥٠٧ ، ٥١٦ ، ٥١٧ ، ٥٢٢ ،  
 ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٣٧ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ،  
 ٥٤٠ ، ٥٤٣ ، ٥٧٩ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦١١ ،  
 اسحاق بن راهويه ( هو اسحاق بن إبراهيم بن راهويه الحنظلي  
 ١٥ ، ١٢٠ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩ ، ٥٥٣ ، ٥٥٦ ، ٦١٠ ،  
 أبو اسحاق الشيباني ١٣٣

## الصفحة

ابو اسحاق الشيرازي ( هو ابراهيم بن علي بن يوسف صاحب المذهب  
والتنبيه واللمع وغيرها ) ٤٧ ، ٤٩ ، ٦٥ ، ٨٤ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ،  
١٣٥ ، ١٨٤ ، ٢٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٧٥ ، ٢٧٧ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٣٠٥ ، ٣٠٧ ،  
٣٠٩ ، ٤٦٨ ، ٤٩٢ ، ٥٢٦ ، ٦٢٥  
ابو اسحاق المراقى = المراقى  
الاسفرايينى = الشيخ ابو حامد  
الاسماعيلى = ابو بكر احمد بن اسماعيل  
اسماعيل بن ابي اوبس بن ابي عامر ( الاصبحي ختن الامام مالك ) ٦٢٣  
اسماعيل بن جعفر ١١٨  
اسماعيل بن مسلم ١٩٨  
اشعث بن سوار ٦٠٩  
الاشعري ( ابو الحسن علي بن اسماعيل ) ٣٠  
اشهب ( هو عبد العزيز بن داود صاحب مالك ) ٢٠٧ ، ٢٠٨  
الاصطخرى ( ابو سعيد الحسن بن احمد بن يزيد ) ٢٧٥ ، ٢٧٦ ،  
٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧  
الاصمى ( عبد الملك بن قريب ) ٢٠٢ ، ٣٠٢  
الأعرج ( عبد الرحمن بن هرمز التابعى رضى الله عنه ) ١٩٤ ، ٢٠٦  
امام الحرمين = الجوينى  
ابن الانبارى ( ابو بكر محمد بن القاسم بن محمد بن بشار  
الانبارى النحوى الأديب ) ٣٠  
انس بن مالك رضى الله عنه خادم النبى ﷺ ١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ ،  
١٦٨ ، ١١٩ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٨٢ ، ١٩٨ ، ٢٠٧  
الأوزاعى ( ابو عمرو عبد الرحمن بن عمرو ) ٣٢ ، ٣٠٦  
أيوب بن ابي تيمية السخيتانى ٢٠٥ ، ٢٠٦  
أيوب بن سويد ٢٠٢

## حرف الباء

الباجى ابو الوليد المالكي ٥٩٦ ، ٦٢٣  
ابن باطيشى ( اسماعيل بن هبة الله بن سعيد ) ١٠٤  
البجلى = جرير بن عبد الله البجلى رضى الله عنه  
البحترى ( الوليد بن عبيد الشاعر ) ٢١٦  
البخارى ( ابو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة  
الجعفى صاحب الجامع الصحيح رضى الله عنه ) ٢٣ ، ١١٥ ،  
١١٦ ، ١١٧ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢١٤ ،  
٢٣٦ ، ٢٧٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣١٠ ، ٣٣١ ، ٣٩٩ ،  
٤٠٠ ، ٥٢٠  
ابن البدرى ١٤٩  
ابن البردى ٧٨  
البرقانى ( ابو بكر احمد بن محمد بن احمد ) ١٩٩  
البغوى = صاحب التهذيب ( الحسين بن مسعود الفراء ) ١٢ ، ١٣ ،  
٢٤ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٩ ، ٧٥ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ ،



## حرف الجيم

الصفحة

جابر بن سمرة رضى الله عنه ١٤٨ ، ١٤٩  
 جابر بن عبد الله رضى الله عنهما ١١٦ ، ١١٧  
 ابن الجارود ١٩٥  
 ابن جبير = سعيد  
 الجرجاني ( أحمد بن محمد أبو العباس الجرجاني ) ٢٦ ، ٤٣ ،  
 ٤٧ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٨٥ ، ٩٧ ، ٩٨ ، ١٣٠ ، ١٣٥ ، ١٧١ ، ٢٣٣ ، ٢٥٨ ،  
 ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٤٨ ، ٣٥٤ ، ٣٩٤ ، ٤٢٢ ، ٤٢٦ ، ٥٠٦ ، ٥٢٥ ،  
 ٥٥٩ ، ٥٦٤ ، ٦٢٧  
 ابن جريح ( عبد العزيز بن عبد الملك ) ٣٠ ، ٣٢٢ ، ٤٣٧  
 جرير ( ابن عبد الله البجلي ) رضى الله عنه ١٩٩ ، ٣٠٣  
 جعفر بن محمد بن علي بن الحسين ( جعفر الصادق ) ٤٣٢  
 جميع بن عمير ١٩٧  
 الجويارى ( أبو سلمة يحيى بن خلف ) ٣٩٩  
 الجورى ( أبو الحسن علي بن الحسين ) ١٧١ ، ٢١٩ ،  
 ٢٢١ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ ، ٢٣٥ ، ٢٥١ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٦٢ ، ٢٦٤ ،  
 ٢٧٣ ، ٣٦٤ ، ٤١٨ ، ٥٥٩ ، ٦١٤ ، ٦٢٠  
 الجوهرى ( الحسن بن علي بن محمد ) ٦٦ ، ١٢٣ ، ٣٠٤  
 الجوينى ( الشيخ أبو محمد عبد الله بن يوسف والد إمام الحرمين ) ١٨ ،  
 ٤٣ ، ٨١ ، ٩٨ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٦٦ ، ١٨٧ ، ٢٣١ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ،  
 ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٦٥ ، ٢٩١ ،  
 ٤٥٢ ، ٤٥٣ ، ٥٣٦ ، ٥٨٣  
 الجوينى ( إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف  
 الجوينى ) ٦ ، ٨ ، ٩ ، ١٢ ، ٢٠ ، ٢٢ ، ٢٦ ، ٣٥ ، ٤١ ، ٤٣ ، ٤٨ ،  
 ٤٩ ، ٥١ ، ٥٩ ، ٧٢ ، ٩٤ ، ٩٧ ، ٩٩ ، ١٠٣ ، ١٠٧ ، ١١٠ ، ١١٣ ،  
 ١٢٢ ، ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٣٤ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥٧ ، ١٦٢ ، ١٦٣ ، ١٦٩ ،  
 ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ،  
 ١٨٦ ، ١٨٩ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ٢١٦ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٤٠ ،  
 ٢٤٢ ، ٢٤٤ ، ٢٥٠ ، ٢٥٢ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٢٦٠ ،  
 ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، ٢٩٠ ،  
 ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٥ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٨ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ،  
 ٣٤٧ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٠ ، ٣٦٢ ، ٣٦٥ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ،  
 ٣٨٣ ، ٣٨٧ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٥ ، ٤٠٨ ، ٤٠٩ ، ٤١٣ ، ٤١٤ ،  
 ٤١٧ ، ٤٢٥ ، ٤٥٠ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، ٤٦٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٦ ،  
 ٤٦٧ ، ٤٦٨ ، ٤٧٠ ، ٤٧٣ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٣ ،  
 ٤٩٥ ، ٤٩٨ ، ٥٠٧ ، ٥١١ ، ٥١٣ ، ٥١٨ ، ٥٣٥ ، ٥٣٦ ، ٥٣٧ ، ٥٤٠ ،  
 ٥٤١ ، ٥٤٤ ، ٥٤٨ ، ٥٥٤ ، ٥٥٧ ، ٥٧٤ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ،  
 ٥٧٨ ، ٥٨١ ، ٥٨٣ ، ٥٨٥ ، ٥٨٦ ، ٥٨٧ ، ٦٠٤ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦١٢ ،  
 ٦١٦ ، ٦١٩ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧

## حرف الحاء

### الصفحة

ابن ابي حاتم ( عبد الرحمن بن محمد بن ادريس بن المنذر الحنظلي الرازي ) ١٩٧ ، ٢٠٢ ، ٣٠١

ابو حاتم ( محمد بن ادريس بن المنذر الحنظلي الغطفاني الرازي ) ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٢١ ، ٤٠٠

ابو حاتم السجستاني ٢٠١

الحارث بن سويد ٣٠٣

الحافظ ( شيخ يوسف بن اسماعيل بن عبد الجبار بن ابي الحجاج المقدسي ) ٢٠٢

الحاكم أبو عبد الله بن البيع صاحب المستدرک ١٩٥ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٢١ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩

أبو حامد المروزي القاضي = احمد بن بشر

ابو حامد الاسفرايني ( الشيخ ابو حامد احمد بن محمد بن احمد

الاسفرايني ) ٨٠٤ ، ٢٨ ، ٢٦ ، ٣٣٠ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٧ ، ٥٠ ، ٥٠ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ ، ٦٦ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨٠ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٨٦ ، ٨٧ ، ٩٢ ، ٩٥ ، ١٠٩ ، ١١١ ، ١١٢ ، ١١٨ ، ١٢٢ ، ١٣١ ، ١٣٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١١ ، ٢١٨ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٤١ ، ٢٥٠ ، ٢٥٣ ، ٢٥٦ ، ٢٥٨ ، ٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٩ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥ ، ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، ٣٠١ ، ٣٠٨ ، ٣١٣ ، ٣١٧ ، ٣١٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٦ ، ٣٤٨ ، ٣٥٠ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٦٢ ، ٣٦٨ ، ٣٦٩ ، ٣٧٢ ، ٣٧٣ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، ٤٤٤ ، ٤٤٦ ، ٤٥٧ ، ٤٦٩ ، ٤٧٢ ، ٤٨٠ ، ٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ٤٨٩ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٦ ، ٥٠٩ ، ٥١٥ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٨ ، ٥٣٩ ، ٥٤٠ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٦ ، ٥٤٨ ، ٥٨٣ ، ٥٨٧ ، ٥٩٦ ، ٦٠٢ ، ٦٠٩ ، ٦١١ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٧

أبو حامد المروزي القاضي احمد بن بشر = احمد بن بشر بن عامر

حبان بن منقذ رضي الله عنه ٣٢٢ ، ٣٣٢ ، ٥٧٠

ابن حبان ( أبو حاتم محمد بن حبان احمد البستي ) ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٣٠٠

ابن الحداد ( أبو بكر بن الحداد المصري ) ١٢٧ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ٣٢٣ ، ٣٤٥ ، ٣٦٧ ، ٣٦٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٦ ، ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٦٠١ ، ٦٠٣ ، ٦٠٥

ابن حريويه ( أبو عبيد علي بن الحسين ) ٣٠٦

حرمة ( هو حرمة بن يحيى التجيبي شيخ مسلم بن الحجاج واحد رواة

الجديد ) ٦١٤ ، ٤١

صنحه

ابن حزم ( ابو محمد على بن حزم انطاغرى صاحب المحلى ) ٢٨ ،  
٣٩ . ٥٢ ، ١١٨ ، ١٢٩ ، ١٢٣ ، ٢٠٥٠ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٢١١ ، ٢٣١  
ابن حزم عبد الله بن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ٢٢  
ابو الحسن الأشعري ( على بن اسماعيل ) ٣٠  
الحسن البصري الامام التابعى ١٩٨ ، ٢٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٠١ ، ٤٢٠ ، ٥١٩ ، ٦٠٩

الحسن بن حى ٦١٠

الحسين بن القاسم صاحب الانصاح ٣٧١ ، ٥٨١

القاضي حسين = حسين بن محمد المرووذى ٩ ، ١٤ ، ١٣ ، ٢٥٠ ، ٣٦ ، ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٥٥ ، ٦١ ، ٦٦ ، ٦٧ ، ٧٢ ، ٧٥ ، ٨١ ، ٩٦ ، ١٠٢ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٢٤ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٦ ، ١٤٧ ، ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٦١ ، ١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٧ ، ١٨٥ ، ١٨٦ ، ١٨٧ ، ٢٠٤ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٤٣ ، ٢٦٣ ، ٢٧٦ ، ٢٨٤ ، ٢٩٦ ، ٢٩٨ ، ٣١٦ ، ٣٢٣ ، ٣٢٥ ، ٣٢٨ ، ٣٢٦ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، ٣٨٦ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩١ ، ٣٩٢ ، ٣٩٤ ، ٣٩٥ ، ٣٩٧ ، ٤٠٢ ، ٤٠٨ ، ٤١٢ ، ٤١٤ ، ٤١٥ ، ٤١٦ ، ٤١٧ ، ٤١٩ ، ٤٢٢ ، ٤٢٧ ، ٤١٨ ، ٤٢٥ ، ٤٣٦ ، ٤٤٠ ، ٤٤٣ ، ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ ، ٤٥٤ ، ٤٥٥ ، ٤٥٦ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٧٤ ، ٤٩٢ ، ٤٩٦ ، ٤٩٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٩ ، ٥١٠ ، ٥١٦ ، ٥١٨ ، ٥٢٠ ، ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٤٧ ، ٥٥٠ ، ٥٥٤ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٥٧ ، ٥٥٨ ، ٥٥٩ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٧ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٦ ، ٥٧٨ ، ٥٨٣ ، ٥٨٤ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٥٩٨ ، ٦٠٢ ، ٦٠٤ ، ٦٠٥ ، ٦١٠ ، ٦١٢ ، ٦١٦ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ، ٦٢٦ ، ٦٢٧ ، ٦٢٨

الحسين أبو عبد الله السبط بن على بن أبي طالب ٦٠٦

أبو الحسين أبو الفضل بن القطان ٥٢١ ، ٥٧٩

الحضرمي محمد بن عبد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

حفص بن غياث ٤٣٢

ابن الحكم ٤٩٩

حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى رضى الله عنه

ابن أخى خديجة أم المؤمنين رضى الله عنها ٣٠٣

الحليمي الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم الشيخ الامام ابو عبد الله

٦٠٢

حماد بن سلمة ( ابن دينار ) ١٤٩

حماد بن ابي سليمان ٤٢٨

أبو الحمراء رضى الله عنه مولى النبي صلى الله عليه وسلم وخادمه ويتال

اسمه هلال بن الحارث ٣٠٣

الحموى صاحب الروضة ( هو تاج الدين الحموى صاحب روضة

المرتاض ) ٣٢٤ ، ٥٠٦ ، ٥٦٦

الحناطى ( ابو عبد الله الحسين بن محمد بن عبد الله الطبري )

٣١٠ ، ٥٧٤ ، ٥٨٥

الحنبلی أبو الفرج ابن ابی عمر ٢٤٦  
 أبو حنیفة النعمان بن ثابت الامام ٢٥ ، ٢٢ ، ٣٩ ، ٩٦ ، ١٠٥ ،  
 ١٢٠ ، ١٢٢ ، ١٣٣ ، ١٤٥ ، ١٤٨ ، ١٥٦ ، ١٦٦ ، ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢١٠ ،  
 ٢١٨ ، ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٢٨٥ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، ٣٣٠ ، ٣٤٥ ، ٣٥٠ ،  
 ٣٥١ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ ، ٣٧١ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، ٣٨٥ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣ ، ٤٠٤ ،  
 ٤٠٥ ، ٤٠٧ ، ٤١١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٥٧ ، ٥٠٥ ، ٥٠٨ ،  
 ٥١٩ ، ٥٢٧ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٤ ، ٥٧٧ ، ٥٨١ ، ٥٨٤ ،  
 ٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٦٠١ ، ٦٠٩ ، ٦١٤ ، ٦١٧ ، ٦٢٢ ، ٦٢٥

### حرف الخاء

خالد بن الولید رضی الله عنه سيف الله المسلول ٢٠٠  
 الخضرى أبو عبد الله ٣٨٧  
 الخطابی أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم ١١٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠١  
 خلف الجوبارى ٣٩٩  
 ابن خلکان ( القاضي شمس الدين احمد أبو العباس بن محمد  
 ابن ابراهيم بن أبی بكر بن خلکان الشافعى ) ٤٦١ ، ٤٦٢  
 الخوارزمی ( محمود بن محمد بن العباس ) ٦٤ ، ٦٥ ، ١٠٧ ،  
 ١٢٠ ، ١٢٥ ، ١٣٠ ، ١٣١ ، ١٣٣ ، ١٣٦ ، ١٤٠ ، ١٤١ ، ١٦٩ ، ١٧٠ ،  
 ١٨٠ ، ١٨٦ ، ٢٢٠ ، ٣٤٩  
 ابن خیران أبو علی ٥١ ، ٥٤ ، ١٥٩ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ ،  
 ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٩ ، ١٩٣ ، ٣٥١ ، ٥٩٧ ، ٦١١ ، ٦١٤  
 ابن خیران أبو الحسن ٣٤٩

### حرف الدال

ابن أبی الدم ( أبو اسحاق ابراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علی  
 ابن محمد بن أبی الدم ) ١٧ ، ٢٧ ، ١٢٣ ، ١٣٤ ، ١٧٤ ، ٢٣٤ ،  
 ٢٥٥ ، ٤١٤ ، ٤٦٦ ، ٤٦٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٥١٠ ، ٥١١  
 الدارقطنی ( أبو الحسن بن عمر الحافظ صاحب السنن ) ١٩٧ ، ١٩٨  
 الدارکى أبو القاسم عبد العزيز بن الحسن ٢٧٤ ، ٤٨٩ ، ٤٩٠ ،  
 ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٤٩٦  
 الدارمى ( الفقيه أبو الفرج محمد بن عبد الواحد صاحب الاستذکار )  
 ٢٧٤  
 الدارمى محمد بن أحمد ٥٨٥  
 الدارمى ( المحدث أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن داود ) ٣٩٩  
 الدامغانى ( أبو الحسن علی بن محمد بن علی ) ٤٤٦





## الصفحة

الزعفراني (أبو الحسين محمد) ٣٧٦  
 زفر صاحب أبي حنيفة ٢٠٧  
 أبو زكريا محيي الدين بن شرف = النووي  
 الزمخشري (محمود بن عمر) ١٩٧  
 الزنجي = مسلم بن خاتك  
 الزهري (أبو بكر محمد بن مسلم بن شهاب) ٢٣ : ٤٢٩ ، ٤٢٨ ، ٥١٨ ، ٥١٩  
 زيد بن ثابت رضي الله عنه ١١٧ ، ١٢١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦٢٣  
 أبو زيد (محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني) ١٢٨ ، ٣٨٧ ، ٣٨٩ ، ٣٩١ ، ٤٣٥

## حرف السين

سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ٢٢ ، ٦٠٨  
 أبو السباع ٣٠٠ ، ٣٠١  
 السبكي (علي بن عبد الكافي السبكي تقي الدين) ٣٢٥  
 السجستاني = أبو حاتم  
 ابن سراقه (صاحب كتاب بيان ما لا يثيب جهله) ٢١٩  
 ابن سريج أبو العباس ١٦ ، ٣٠ ، ٤٤ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٥ ، ٢٤١ ، ٢٤٣ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٥٨ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٢٢٣ ، ٢٤٦ ، ٢٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، ٣٩٧ ، ٤٠٤ ، ٤٦٥ ، ٤٦٦ ، ٤٦٨ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٥١١ ، ٥١٢ ، ٥١٣ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٢٩ ، ٥٣٠ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ ، ٥٣٩ ، ٥٤١ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ ، ٥٤٥ ، ٥٨٥ ، ٥٩٢ ، ٥٩٦ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ، ٦٢٤  
 أبو السعادات ابن الأثير ١٩٨  
 أبو سعيد الاصطخري ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٨ ، ٢٧٩ ، ٦٠٧ ، ٦١١  
 أبو سعيد (محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الغزالي صاحب شرح أدب القاضي) ٥٦٠  
 سعيد بن جبير ٣٢٠ ، ٤٠١  
 سعيد بن خالد ٣٠١  
 سعيد بن سالم ٣٠ ، ٣٦٩  
 سعيد بن أبي عروبة ٣٠٢ ، ٣٠٦  
 سفيان الثوري ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٣ ، ٤٠٢ ، ٤٢٩ ، ٥٢٤ ، ٥٥٦ ، ٦١٠  
 سفيان بن عيينة ٢٣ ، ٢٠٥ ، ٥٠٦  
 أبو سلمة يحيى بن خلف الجوباري ١٧١ ، ٣٩٩  
 ابن سلمة ٢٣٥ ، ٢٧٣  
 سليمان بن أرقم ٢٤٩  
 سليمان التيمي ١٩٨  
 سليمان بن موسى ٣٠٣

## الصفحة

سليم بن أيوب الرازي ( صاحب القريب ) ٨ ، ٩ ، ٥١ ، ٧٠ ،  
 ٧٢ ، ٩٧ ، ١٠٧ ، ١٧١ - ١٧٣ ، ١٧٨ ، ٢٣٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ،  
 ٣٦٥ ، ٣٦٦ ، ٣٨٢ ، ٣٨٤ ، ٤٥٧ ، ٤٦٢ ، ٤٧٢ ، ٤٩٠ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ،  
 ٤٩٣ ، ٤٩٤ ، ٤٩٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٤٨ ، ٥٨٥ ، ٥٨٧ ، ٥٩٨ ،  
 سيرة بن جندب ٢٢٠ ، ٢٢١ ،  
 ابن السمعاني أبو الظفر ٢٨١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ،  
 المسنجر أبو علي ١٢٧ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٢٤ ،  
 ٢٢٦ ، ٣٦٥ ، ٣٦٧ ، ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٦٠٧ ، ٦٢٦ ،  
 سيبويه ٥٨٢ ،  
 ابن سيرين محمد ٣٥ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٤٧ ،  
 ٤٠١ ، ٤٢٩ ، ٤٣٨ ، ٦٠٩ ،

## حرف الشين

الشاشي ( أبو بكر محمد بن علي بن حامد ) ٦٤ ، ١٣١ ، ١٧١ ،  
 ١٨٤ ، ٢١٦ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨١ ، ٢٨٤ ، ٢٨٥ ، ٢٦٤ ، ٥١٥ ، ٥٥٦ ،  
 ٥٨٢ ،  
 الشانعي ( محمد بن ادريس امام الاثنية ) ٦ ، ٩ ، ١٠ ، ١١ ،  
 ١٥ ، ١٨ ، ٢٢ ، ٢٨ ، ٢٦ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ ،  
 ٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٧ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ،  
 ٥٥ ، ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٨ ، ٧٠ ، ٧١ ، ٧٢ ، ٧٤ ،  
 ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٨٤ ، ٨٨ ، ٩٩ ، ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٣ ،  
 ١٠٤ ، ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، ١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ ، ١١٥ ، ١١٦ ،  
 ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٥ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٢٦ ، ١٣٠ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ،  
 ١٣٩ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٥ ، ١٥٠ ، ١٥١ ، ١٥٢ ، ١٥٣ ، ١٥٥ ،  
 ١٥٦ ، ١٥٨ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٢ ، ١٦٩ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٧ ، ١٨٠ ،  
 ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٤ ، ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٠ ، ٢٠١ ، ٢٠٢ ،  
 ٢٠٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٢١٩ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٤ ، ٢٣٠ ،  
 ٢٣٥ ، ٢٣٧ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ،  
 ٢٥١ ، ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٥٤ ، ٢٥٨ ، ٢٥٩ ، ٢٧١ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٨٢ ، ٢٨٤ ،  
 ٢٨٨ ، ٢٩١ ، ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، ٢٩٧ ، ٣٠٢ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣١٥ ،  
 ٣١٦ ، ٣١٨ ، ٣١٩ ، ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، ٣٥٠ ،  
 ٣٥١ ، ٣٥٦ ، ٣٦٦ ، ٣٦٨ ، ٣٧٠ ، ٣٧٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ،  
 ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠١ ، ٤٠٢ ، ٤١٣ ، ٤١٧ ، ٤٢١ ، ٤٢٣ ، ٤٢٤ ،  
 ٤٢٦ ، ٤٢١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣ ، ٤٣٥ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤١ ، ٤٦٩ ،  
 ٤٧٤ ، ٤٧٧ ، ٤٨٤ ، ٤٩٦ ، ٤٩٧ ، ٤٩٩ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٠٢ ، ٥٠٣ ،  
 ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٤ ، ٥١٧ ، ٥٢٥ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٢٨ ، ٥٣٦ ، ٥٤٢ ،  
 ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، ٥٥٠ ، ٥٥٥ ، ٥٥٩ ، ٥٦٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ، ٥٨٨ ، ٥٩٠ ،  
 ٥٩٢ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٥٩٦ ، ٥٩٧ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٢ ، ٦٠٣ ، ٦٠٤ ،  
 ٦٠٨ ، ٦١١ ، ٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٦ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٠ ، ٦٢١ ،  
 ٦٢٢ ، ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥ ،

## الصفحة

ابن شبرمة ( عبد الله بن شبرمة بن حسان بن المنذر بن ضرار  
ابن عمرو بن مالك بن زيد بن كعب بن بجالة الضبي أبو شبرمة الكوفي  
القاضي الفقيه التابعي ) ٤٣٠ ، ٤٣٨  
شريح ( القاضي هو ابن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية  
ابن عامر الكندي أبو أمية الكوفي ) ٤٣٠ ، ٥١٦ ، ٥١٩ ، ٦١٠  
شريك بن عبد الله النخعي القاضي الكوفي ٦٠٩  
الشعبي ( عامر بن شراحيل التابعي ) ٩٥ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،  
٤٣٩ ، ٥١٨  
ابن شهاب ( محمد بن مسلم بن شهاب الزهري ) ٣٢١ ، ٣٢٢  
الشيثاني = أبو اسحاق ١٣٣  
ابن أبي شيبة ( صاحب المصنف ) ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٢  
الشيرازي = أبو اسحاق

## حرف الصاد

المصادق ( جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب  
المعروف بجعفر الصادق ) ٤٣٢  
أبو صالح ذكوان السمان ١٩٥ ، ١٩٦  
ابن الصباغ ( الشيخ نصر صاحب الشامل ) ٤٣ ، ٥٧ ، ٦٤ ،  
٧٦ ، ١٣٢ ، ٢٣٩ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٦٩ ، ٢٩١ ، ٣٢٢ ، ٣٢٤ ، ٣٤٦ ،  
٣٤٨ ، ٣٤٩ ، ٣٥١ ، ٣٦٤ ، ٣٧٤ ، ٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٤١٥ ، ٤٢٢ ، ٤٢٤ ،  
٤٢٧ ، ٤٢٨ ، ٤٤٣ ، ٤٥٣ ، ٤٥٧ ، ٤٥٨ ، ٤٦٤ ، ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٥٢٢ ،  
٥٢٥ ، ٥٣٥ ، ٥٤٨ ، ٥٦٣ ، ٥٨٣ ، ٦٠٣ ، ٦٢٠  
الصعبي محمد بن عبد الله بن يحيى ٣٢٢  
الصيدلاني ( أبو المظفر القاسم بن الفضل ) ٧٦ ، ٨١ ، ١٧٠ ،  
٢٥٠ ، ٢٧٣ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٩٠ ، ٤٦٨ ، ٥٤٥  
الصيرفي أبو بكر ٦٢١  
الصيرفي ( عبد الواحد بن الحسين بن محمد ) ٢٤ ، ٢٥ ، ١١٩ ،  
١٥٢ ، ٢٢١ ، ٢٢٤ ، ٥٦٣ ، ٥٧٢ ، ٥٧٣

## حرف الطاء

طاوس بن كيسان ٣٢٢ ، ٦٠٩  
ابن طاوس ٣٢٢  
أبو الطيب الطبري ( طاهر بن عبد الله بن طاهر القاضي ) ٣ ، ٤ ،  
٨ ، ١٢ ، ١٥ ، ١٦ ، ١٩ ، ٢٠ ، ٢٩ ، ٣١ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٤٠ ، ٤٢ ، ٤٣ ،  
٥٠ ، ٥٣ ، ٥٩ ، ٦١ ، ٦٣ ، ٦٥ ، ٧١ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ،  
٨٠ ، ٨٣ ، ٨٥ ، ٩٦ ، ١٠٢ ، ١٠٣ ، ١٠٦ ، ١٠٨ ، ١٢٦ ،  
١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ،  
١٤٠ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٥١ ، ١٥٤ ، ١٥٦ ، ١٥٩ ، ١٦٠ ، ١٦١ ،  
١٦٣ ، ١٧١ ، ١٧٢ ، ١٧٣ ، ١٧٥ ، ١٨٠ ، ١٨٣ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ٢٥٩ ،  
٢٦٢ ، ٢٦٦ ، ٢٦٩ ، ٢٧٤ ، ٢٧٦ ، ٢٨٥ ، ٢٩١ ، ٢٩٣ ، ٢٩٤ ، ٢٩٥



## الصفحة

- عبد الله بن عمرو بن عوف المزني ١٩٧  
عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ٢٢ ، ٢٣ ، ١١٤ ،  
١١٥ ، ١٢٢ ، ١٤٤ ، ١٤٩ ، ١٥٥ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ، ٢٣٣ ،  
٢٣٤ ، ٢٤٣ ، ٢٤٤ ، ٣١٠ ، ٣٢٢ ، ٤٠٣ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ، ٦١٨ ،  
٦٢٤  
عبد الله بن مسعود ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٢٠٧ ، ٢١٤ ، ٢٢٩ ،  
عبد الله بن يحيى الصمبي والد محمد الصمبي ٣٣٢  
ابن عبد البر ( أبو عمر الحافظ ) ٢٣ ، ٢٤ ، ٣٨ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ١٣٦ ،  
١٩٧ ، ٢٠٠ ، ٢٠٧ ، ٢٠٨ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ٥٦٣ ، ٦١٠ ، ٦١٤ ،  
عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ( أحد العشرة المبشرين بالجنة )  
٣٤٧ ، ٥٦٩  
عبد الرحمن بن شماس ٢٩٩  
عبد الرحمن بن أبي ليلى = ابن أبي ليلى  
عبد الرحمن بن هرمز الأعرج ١٩٤ ، ٢٠٦  
عبد الرزاق بن همام الصنعائي صاحب المصنف ٢١٤  
العبدري ( محمد بن سعدون مرجي الحافظ ) ١٦٧ ، ٢٠٧ ، ٢٧٤  
ابن عبد السلام ( عز الدين أسير العلماء ) = العز بن عبد السلام  
عبد العزيز بن عبد الملك = ابن جريج  
عبد الغفار القزويني ٢١٧  
عبد المجيد بن وهب ٣٠٣  
عبد الملك بن قريب الأصمعي = الأصمعي  
عبد الملك أبو المعالي الجويني أمام الحرمين = الجويني  
عبد الملك بن مروان ٣٠١  
عبد الملك بن هشام ٢٠٢  
عبد الوهاب القاضي ( عبد الوهاب المالكي ) ٣٠ ، ٢٠٥ ، ٥٦٣ ، ٥٧١  
عبيد الله ( ابن عبد الله بن عتبة بن مسعود أحد الفقهاء السبعة )  
٤٠٢  
أبو عبيد بن حريويه ( هو علي بن الحسين بن حريويه = ابن حريويه  
أبو عبيد ( القاسم بن سلام ) ٢٠٠ ، ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، ٢١٦ ، ٢١٧ ، ٤٠٢  
عبيد بن الأبرص الشاعر ٢٠١  
عثمان الليثي ٤٠٢  
أبو عثمان = النهدي  
عثمان بن عفان رضي الله عنه ٢١٣ ، ٤٢٩ ، ٦٠٨ ، ٦٠٩ ، ٦١٠ ،  
٦١٢ ، ٦١٣ ، ٦١٤ ، ٦١٨ ، ٦١٩ ، ٦٢٢ ، ٦٢٤ ، ٦٢٥  
العجاج عبد الله بن ربيعة ٢٠١  
المجلى ( أبو الفتح أسعد بن محمود بن خلف الأصبهاني ) ٢٢ ، ١٠٣ ،  
٥٢٢ ، ٥٥٣  
المعداء بن خالد بن هوزة رضي الله ٣٠٢ ، ٣٠٣

الصفحة

ابن أبي عدى = ( محمد بن أبي عدى روى عن سعيد بن أبي عروبة بعد  
اختلاطه ) ٢٤٩ ١٩٨

العراقى ( أبو اسحاق ابراهيم بن منصور بن مسلم المصرى  
العراقى ) ٣٥٣ ، ٣٩٤ ، ٤٨٧ ، ٤٩٢

ابن أبي عروبة = سعيد بن أبي عروبة

عروة بن الزبير بن العوام ٣٩٩

العز عبد السلام أمير العلماء ٢٦٠ ، ٢٧٧

ابن عساكر الحافظ ٣٠٢

ابن أبي عسرون ( يعقوب بن عبد الرحمن بن أبي سعد  
التميمي أبو يوسف ) ٥٧ ، ١٠٨ ، ١٣١ ، ١٤٩ ، ١٦١ ، ١٦٣ ، ١٧١ ،  
١٨٣ ، ١٨٥ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٥٨ ، ٢٦٦ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٨ ، ٢٨٠ ،  
٢٨١ ، ٢٨٤ ، ٣٠٧ ، ٣٣٥ ، ٣٤٩ ، ٤٢٢ ، ٤٧٧ ، ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، ٤٨٩ ،  
٥٠٦ ، ٥٢١ ، ٥٢٥ ، ٥٥٨ ، ٥٨٤ ، ٥٩٧ ، ٦٠٣ ، ٦٠٧ ، ٦١١ ، ٦٢٥ ،  
٦٢٧

عطاء بن أبي رباح ٣٠ ، ١٥٣ ، ١٥٩ ، ٦٠٩ ، ٦١٠

عقبة بن عامر الجهنى رضى الله عنه ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، ٣٠٠ ، ٣٢٠ ، ٣٢١

على بن أبي طالب كرم الله وجهه ٣٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٦٢٢

على بن الحسين ( زين العابدين ) أبو محمد ٤٣٢

على بن المدينى ( على بن عبد الله بن المدينى شيخ البخارى ) ٣٢١

العمرانى ( القاضى أبو الخير صاحب البيان ) ٥٦ ، ٥٩ ، ٦٢ ، ٦٦ ،

٦٧ ، ١٠٤ ، ١١١ ، ٢٨٠ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٦٨ ، ٤٤٧ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ،

٥٥٣ ، ٥٥٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٤ ، ٥٨١

أبو عمر بن عبد البر = ابن عبد البر أبو عمر الحافظ

عمر بن الخطاب الفاروق رضى الله عنه ٢١٣ ، ٣٢٢ ، ٣٩٩ ، ٤٢٩ ،

٤٣٠ ، ٤٣٢ ، ٤٣٣

عمر بن عبد العزيز ٣٢١ ، ٣٣٩ ، ٤٣٠

عمرو بن حريث ٥١٦

عمرو بن على ٤٠٠

أبو عمرو الأوزاعى = الأوزاعى عبد الرحمن بن عمرو

عمرو بن عوف المزنى ١٩٧ ، ١٩٩

أبو عمرو الهذبانى ٣٧٢

عمير بن سعد ٣٠٣

ابن عياش وهو اسماعيل ٣٠١

عياض القاضى = عياض اليحصبى ١٩٩

عيسى بن عبد الله بن ماهان التميمى ٣٠٠

ابن عيينة = سفيان



## الصفحة

أبو القاسم = الداركي  
 ابن القاص ( أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري ) ٣٧ ، ٣٤٩ ، ٣٥٠ ، ٣٥١ ، ٣٦٩ ، ٣٧٨  
 قتادة بن دعامة السدوسي التابعي الأكمه ٣٠٢ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٤٣٠  
 ابن قتيبة الدينوري ( عبد الله بن مسلم أبو محمد ) ٦٦ ، ١٠٤ ، ٢٠٢  
 قرة بن خالد ٢٠٥

القزويني ( عبد الغفار بن عبد الكريم بن عبد الغفار نجم الدين القزويني )  
 ٢١٧

القشيري أبو الفتح الشيخ عبد الكريم = القشيري  
 ابن القطان أبو الحسين بن الفضل القطان ١٤٢ ، ٥١٩ ، ٥٣١ ، ٥٩٣

القفال ( محمد بن علي بن اسماعيل القفال الكبير ) ١٦ ، ٣٠ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ١٢٣ ، ١٢٦ ، ١٦٨ ، ٣١٧ ، ٣٣٥ ، ٣٣٧ ، ٣٣٩ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ ، ٣٤٩ ، ٣٨٧ ، ٣٨٨ ، ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٣٩١ ، ٣٩٥ ، ٤٦٨ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، ٥٤٥ ، ٥٣٥ ، ٥١٠ ، ٥٠٤ ، ٥٠٣ ، ٥٠٢

## حرف الكاف

كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه ١٩٧ ، ١٩٩  
 ابن كج ( يوسف بن أحمد بن يوسف القاضي أبو القاسم ) ٢٤٥ ، ٥١٩ ، ٥٤٦

الكرابيسي ( الحسين بن محمد ) ٣٧٦  
 الكرخي = أبو القاسم

## حرف اللام

الليث بن سعد المصري ٣١ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ٢٠٧ ، ٤٢٩  
 ليث بن أبي سليم ١٩٧  
 الليثي = عثمان  
 ابن أبي ليلى ( عبد الرحمن ) ٣١ ، ٣٢ ، ١١٨ ، ١٣٣ ، ١٩٨ ، ٢٠٧ ، ٢٥٠ ، ٤٣٠ ، ٤٥١ ، ٥٢٦ ، ٥٤٧ ، ٦١٠

## حرف الميم

ابن ماجه ( أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني صاحب السنن ) ٣٠ ، ٣١ ، ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٧ ، ٢٠٥ ، ٢٢٩ ، ٣٠٣ ، ٣٩٨  
 المازني ٢٠٢  
 المسارجسي ( أبو الحسن علي بن سهل بن مصلح ) ١٥ ، ٤٣٣



الصفحة

٥٤٩ ، ٥٥١ ، ٥٥٢ ، ٥٥٣ ، ٥٥٥ ، ٥٥٦ ، ٥٦٠ ، ٥٦١ ، ٥٦٥ ،  
٥٦٧ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٣ ، ٥٧٥ ، ٥٧٧ ، ٥٨٠ ، ٥٨١ ، ٥٨٤ ، ٥٩١ ،  
٥٩٦ ، ٦١٦ ، ٦٢٥ ، ٦٢٨

مجاهد بن جبر ١٩٦ ، ١٩٧

المحاملي ( أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل  
ابن محمد بن اسماعيل بن سعيد بن أبان الضبي المحاملي ) ٤ ،  
٩ ، ١٣ ، ١٤ ، ١٥ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٥٨ ، ٦٠ ، ٦٨ ، ٧١ ، ٧٦ ،  
٩٦ ، ١٠٠ ، ١٠٦ ، ١٣١ ، ١٣٢ ، ١٣٥ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٨٣ ، ١٨٥ ،  
١٩٠ ، ١٩١ ، ٢٣٦ ، ٢٨٥ ، ٣٠٥ ، ٣٠٨ ، ٣٤٨ ، ٣٥٦ ، ٣٩٨ ، ٤٢٢ ،  
٤٥٧ ، ٤٦٤ ، ٤٨٩ ، ٥٢١ ، ٥٢٢ ، ٥٢٥ ، ٥٣٩ ، ٥٨٣ ، ٦٠٦ ، ٦٢٤ ،  
٦٢٧

محمد بن أحمد الأزهرى صاحب الزاهر ٨٠ ، ٢٠١ ، ٣٠٢ ، ٤٠٠ ،  
٤٠١

محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة أبو عبد الله البخارى  
رضي الله عنه = البخارى

محمد بن بشار بن دار شيخ البخارى ٣٠٣

محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي خنيفة ١٤٥ ، ٢٥٠ ، ٢٩٣ ،  
٣٢٣ ، ٣٣٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٠ ، ٤٣٤ ، ٤٦٥ ، ٥٢٦ ، ٦٠١

محمد بن زياد ١٩٦ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦

محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ٢١٤

محمد بن عبد الرحمن الحضرمي ٢٧٤

محمد بن أبي عدي = ابن أبي عدي ١٩٨ ، ٢٤٩

محمد بن علي بن الحسين أبو جعفر الباقري ٤٣٢

محمد بن موسى أبو بكر ٤٦

محمد بن يحيى بن منصور تلميذ الغزالي ٤٣٢

مخلد بن خفاف ٣٩٩ ، ٤٠٠

أبو بكر المخزومي ٣٠٢

ابن المديني علي بن عبد الله شيخ البخارى ٣٢١

ابن المرزبان علي بن أحمد ٥٥٩

المرعشي ٤٣٨ ، ٥٠٨ ، ٥٩٣

المروزي ابراهيم بن أحمد أبو اسحاق = أبو اسحاق المروزي

المروزي القاضي أبو حامد = أحمد بن بشر بن عامر

الزنى اسماعيل بن يحيى صاحب الشافعي وصاحب المختصر للام ٧١ ،

١٣٧ ، ١٧١ ، ١٧٣ ، ١٧٤ ، ١٧٥ ، ١٧٦ ، ١٧٧ ، ١٧٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ،

١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ، ٢٠١ ، ٢٠٣ ، ٢٩٨ ، ٣٨٣ ، ٤٢١ ، ٤٦٧ ،

٥٠٠ ، ٥٠٤ ، ٥٠٥ ، ٥٠٧ ، ٥١٨ ، ٥٢٦ ، ٥٢٧ ، ٥٤٢ ، ٥٧٧ ، ٥٧٨ ،

٥٧٩ ، ٥٩٤ ، ٥٩٥ ، ٦٠٨ ، ٦١٢ ، ٦١٣

مسلم بن الحجاج القشيري ٢٣ ، ١١٥ ، ١١٦ ، ١٤٩ ، ١٩٤ ، ١٩٦ ،

١٩٩ ، ٢٠١ ، ٢٠٥ ، ٢٠٧ ، ٢٩٩ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٣١ ، ٣٩٩

مسلم الدار تلميذ الشيخ أبي ٥٨٣

## الصفحة

مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠  
ابن المسيب سعيد بن المسيب بن حزن افضل التابعين واحد  
الفهاء السبعة ٣٢١ ، ٤٣٠  
ابو المظفر ٤٣٣  
معاوية بن ابي سفيان ٢١٣ ، ٣٠٠  
معمر بن راشد ٢١٤  
ابن معن ٣٣١ ، ٣٦١ ، ٤٨٢  
ابن معين = يحيى  
ابن المغلس ٢٠٥  
المقدسي نصر بن ابراهيم بن نصر ٧١ ، ١٠٥  
المقدسي = يوسف بن اسماعيل  
المقدمي عمر بن علي المقدمي ٣٩٩ ، ٤٠٠  
ابن مقلاص ( عبد العزيز بن مقلاص ) ٤٧٦  
مكحول امام الشام ٣٠٢ ، ٣٠٣  
ابن المنذر ( أبو بكر محمد بن اسحاق الحافظ ) ١٤٩ ، ١٦٧ ، ٢١٩ ،  
٢٢٣ ، ٢٣٠ ، ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٥٠ ، ٢٧٠ ، ٣٣١ ، ٤٠١ ، ٤٣٠ ، ٤٣٨ ،  
٤٣٩ ، ٥١٧ ، ٥١٨ ، ٥٥٣ ، ٥٦٩ ، ٥٧٢ ، ٦١٠  
المنذري الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي ١٩٧  
ابو مسهر الفسائي واسمة عبد الأعلى ٣١٠  
موسى بن يسار ١٩٥ ، ٢٠٥

## حرف النون

ناصر الدين البضاوي محمد بن أحمد بن سعد صاحب المصباح ٣٧٠  
النخعي ابراهيم بن يزيد بن تيسر بن الأسود ١٤٩ ، ١٥٣ ، ٤٠١ ،  
٤٣٠ ، ٤٣٧ ، ٤٣٨  
النسائي ( عبد الرحمن بن شعيب ) صاحب المجتبى والسنن ١٩٤ ،  
١٩٥ ، ٢٠٥ ، ٣٩٩  
النعمان بن ثابت = ابو حنيفة الامام رضي الله عنه  
ابن نمير محمد بن عبد الله بن نمير ١٩٧  
النهدى ابو عثمان عبد الرحمن بن مله ٢١٤ ، ٦٠٩

## حرف الهاء

ابو عمر الهذلي صاحب الاستقصاء ٥٦٠  
ابو سعيد الهروي ٢٠٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٧ ، ٣٤١ ، ٣٥٩ ، ٤٩٨ ، ٥٥٤ ،  
٥٥٥ ، ٥٦١ ، ٥٦٢  
ابو هريرة ( عبد الرحمن بن صخر رضي الله عنه ) ١١٦ ، ١٩٤ ،  
١٩٥ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، ٢١٠ ، ٢١٣ ،  
٢١٤ ، ٢١٦ ، ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٣٠٢

## الصفحة

أبو علي ابن أبي هريرة ( الحسن بن الحسين بن أبي هريرة ) ٣٠  
 ٩٠٠ ، ٤٣ ، ٥٤ ، ٥٦ ، ٥٧ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٧ ، ١٠٨ ، ١١٠ ،  
 ١١١ ، ١١٢ ، ١١٤ ، ١٨٤ ، ١٨٧ ، ١٩٦ ، ٢١٩ ، ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ ،  
 ٢٢٣ ، ٢٢٥ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، ٢٢٨ ، ٢٣٠ ، ٢٣١ ، ٢٣٤ ، ٢٣٦ ، ٢٥٣ ،  
 ٢٥٤ ، ٢٦٢ ، ٢٦٤ ، ٢٨٣ ، ٢٩٤ ، ٣١٠ ، ٣١٤ ، ٣١٩ ، ٣٢٣ ، ٣٩٠ ،  
 ٥٢٥ ، ٥٣٢ ، ٥٤٦ ، ٥٩٧ ، ٥٩٩ ، ٦٠٠ ، ٦٠١ ، ٦٠٥ ، ٦٠٦ ، ٦١١ ،  
 ٦١٤

هشام بن اسماعيل بن هشام ٣٢٠  
 هشام بن حسان الأزدي القردوسي ٢٠٥  
 هشام بن عروة ١٩٩ ، ٣٩٨ ، ٣٩٩ ، ٤٠٠  
 همام بن منبه الصنعاني الابناني ١٩٥ ، ١٩٦

## حرف الواو

واثلة بن الأسقع بن عبد المـزى بن عبد ياليل بن ناشب بن نميرة  
 ابن سعد بن ليث بن بكر ٢٩٨ ، ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٧  
 ابن الوكيل أبو حفص ٤٨ ، ٢٧٣ ، ٦١١  
 أبو الوليد الباجي = الباجي  
 أبو الوليد بن الجارود ٢٠٢

## حرف الياء

ابن يحيى ( زكريا بن يحيى بن أسد ) ١٣٤  
 يحيى بن أيوب الغافقي ٢٩٩ ، ٣٠٠  
 يحيى بن بكير ٣٠١  
 يحيى بن سعيد الأنصاري ١٩٨ ، ١٩٩ ، ٣٢١ ، ٦٠٨  
 يحيى بن أبي كثير اليماني التابعي ١٢٠ ، ٢١٤  
 يحيى بن معين ٣١ ، ١١٦ ، ٢٠٠ ، ٣٠٠ ، ٣٩٨ ، ٦٠٩  
 يزيد بن زريع ١٩٩  
 يزيد بن عبد الرحمن بن أبي مالك ١٩٦ ، ٢٠٠ ، ٢٠١  
 أبو يعقوب أحمد بن علي الأبيوردي ١٧٧ ، ٣١٦  
 يعقوب بن أبي عمرو = ابن أبي عمرو  
 يعقوب الفسوي = الفسوي  
 أبو يوسف الأسفراييني صاحب المستظهرى ٢٢٨  
 أبو يوسف الإمام صاحب أبي حنيفة ١٤٥ ، ٢٠٧ ، ٣٢٣ ، ٣٨٠ ، ٤٢٩ ،  
 ٦٢٥ ، ٦٠١  
 ابن يونس صاحب شرح التنبيه لأبي اسحاق الشيرازي ٢٦٤ ،  
 ٢٧٥ ، ٢٩٠ ، ٣٧٠ ، ٥٥٣

\*\*\*

## خامسا : فهرس الأحكام

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وفي الوسيط حكاية اذا	٣	مسائل المعدن
	لم يتضرر لم يجبره على		يدخل ما في باطن الأرض
٦	النقل	٣	من المعدن في بيئها
	والمأوردى أراد بالضرر		والنفط والقسار زيت في
٧	البرع والغراس	٣	الأرض
	فان كان المشتري عالما		ولا تدخل في بيع الأرض
	بها فلا أجرة له على البائع	٣	الحجارة والركاز
٧	في قلعها		أما الأحكام ففيه مسألتان :
	( الحالة الثالثة ) أن يكون		( احدها ) المعدن باطن
	تركها تضر لقربها من عروق	٣	وظاهر
	الغراس والزرع وقلعها مضر		ولا يجوز بيع معدن
٧	لما في الأرض	٣	الذهب بالذهب
	( ثالثها ) الفرق بين النقل		وفي الجمع بين بيع وصرف
	قبل القبض فلا يجب أو بعده	٣	تولان
٨	فيجب		وجزم الغزالي وحمله على
	وأطلق الرامى الخلاف	٤	ذلك قول الإمام
٨	في وجوب الأجرة هكذا		( الثانية ) اذا باع أرضا
	ومن جملة أقسام ما فرضه	٤	فيها ركاز
	أن يكون عالما بالحجارة		سواء كان من دفين
٨	جاهلا بضررها	٤	الجاهلية أو من دفين الاسلام
	القماش هو ما على وجه		( المسألة الثالثة ) الأحجار
	الأرض من بقايا المتاع	٤	على ثلاثة أقسام
٩	والأشياء		( الأول ) أن تكون مخلوقة
	والشامى في الأم أطلق		في الأرض وهو على ثلاثة
	وجوب التسوية ولم يفصل	٤	أضرب
٩	بين ما قبل القبض وبعده		( الأول ) أن يضر بالزرع
	لو عدم ذلك التراب	٤	والغرس جميعا فهو عيب
	بالكلية وكان له قيمة ينبغى		( الضرب الثانى ) يضر
	أن يكون كتلف بعض المعتود	٥	بالغراس دون الزرع
١٠	عليه		( الضرب الثالث ) أن لا
	( والحالة الثانية ) أن لا		تكون مضرّة بالغراس ولا
	يكون في قلعها ضرر ويكون	٥	بالزرع لبعدها بينهما
١١	في تركها ضرر		( القسم الثانى ) من
	( الحالة الرابعة ) أن		أحوال الحجارة أن تكون
	يكون في قلعها ضرر ولا يكون	٥	مبنية في الأرض
	في تركها ضرر فليشتري		( القسم الثالث ) أن تكون
١٢	الخيار اذا كان جاهلا	٦	مخفونة فيها كما فرضه
			المصنف

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٧	زرعا وباعها مع الزرع وتحتها أحجار ( فرع ) قال الغزالي فيها نقل ابن أبي الدم : أن العراقيين نقلوا أنه يجب على الغاصب أرش نقصان الحفر ( فرع ) زرع المشتري الأرض ولم يعلم أن تحتها حجارة وفي قلعها هلاك الزرع ( فرع ) شبه المتولى الخلاف في ثبوت الخيار إذا اشترى الأرض وغرسها بعد الشراء ثم ظهر فيها أحجار ( فرع ) من تنمة الكلام في المسائل المتقدمة لو كان الغراس داخلا في بيع الأرض ونقل الحجارة مضر به ( فرع ) قال الرافعي رحمه الله : لو باع دارا في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع ( فرع ) قال الامام : والبفاء عندي بالنسبة الى البستان كالشجرة بالاضافة الى الدار ( فرع ) قول الغزالي في الوجيز ان الاظهر عدم الدخول يعنى به الاظهر من الطرق ( فرع ) وان باع نخلا وعليها طلع غير مؤبر من اصطلاح متأخري اصحاب ان الاظهر الراجح من الأقوال . . الخ ( فرع ) (أما الأحكام) فبيع الشجر ان كان بشرط القطع جاز مطلقا	١٣	( فرع ) تقدم أنه اذا لم يكن في القلع ضرر او كان فيه ضرر يسير ( فرع ) في هذه الحالة فاما الغراس الذي وعدت بذكر وان أحدثه جاهلا نفى ثبوت الخيار وجهان ( فرع ) وأما نقص الغراس ( فرع ) تكلم الامام وقبله القاضي حسين ( فرع ) ذكره المحامي قال أبو اسحاق : اذا باع عبدا فقل المشتري : هو أبقي ( فرع ) ذكر الامام في آخر كلامه كالمضابط لما تقدم أنه مهما فرض ضرر لا يندفع ( فرع ) تقدم أن الأصح في الأجرة أنها لا تجب قبل القبض وتجب بعده ( فرع ) تقدم الكلام في أن للمشتري الخيار عند وجود شروطه المتقدمة ( فرع ) اذا اختار المشتري الامساك وفي أرش النقص طرق ( فرع ) قال الروياني : فلو كان قلع الأشجار يضر وتركها لا يضر ( فرع ) اذا غرس المشتري بعد العلم بالحجارة سقط رده وان كان قلعها يضر وتركها لا يضر فلان اختار القلع فعليه أرش النقص قولاً واحداً ( فرع ) قال الروياني وغيره : ولو كان البائع زرع

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٢	وأجاب الأصحاب بعد النمك بالحديث ( نمة ) استدلال الأصحاب وقول المصنف : ولأن ثمره النخل كالحمل	٢٥	أما الخلاف ( بضم الخاء وتشديد اللام ) الذي يقطع في كل سنة من وجه الأرض وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية
٣٣	وكلام الشافعي صريح في أن الحمل لا يقابله قسط من الثلث	٢٦	ولو كانت الأرض غير مملوكة لبائع البناء والغراس فلا يتخيل فيها ملك الأرض أما إذا كان في أرض مفصولة فحكى الماوردي
٣٤	أما الاعتراضات فإن المعنى في الحمل لا يجوز افتراده بالمعتمد	٢٧	في كتاب الفصم وهذه الأحكام كلها جارية في جميع الشجر
٣٤	( فائدة ) كلام الشافعي كالصريح في إفادة الإجماع على دخول الحمل في بيع الأم	٢٧	إذا عرفت هذه المقدمة فإذا باع نخلا دخل جريدها وسعفها
٣٤	قال ابن الرقعة : وفي معناه كل تهليك جرى بالاختيار من المالك	٢٨	( والدليل الثالث ) من الحديث
٣٥	( منها ) لو وهبها حيث لا ثواب وهي حامل لا يتبعها الحمل الجديد	٢٩	وأما الوجه الثالث الذي ذكره الشيخ أبو حامد فهو راجع إلى المفهوم
٣٥	( ومنها ) لو خرجت عن ملكه بموض	٢٩	فأما رواية ابن ماجه ففى سندها الفضيل بن سليمان وليس بالقوى
٣٥	( قلت ) قضية الماخذين أن الأب لو رجع في الجارية التي وهبها لابنه وهي حامل	٣٠	قال الماوردي : وروى أن النبي ﷺ أنشد قول الأعرابي
٣٥	قال القاضي حسين في كتاب أمهات الأولاد	٣١	( مرع ) في مذاهب العلماء واقفنا على دخول الطلع والنفقة بين ما قبل التابير
٣٦	( قاعدة ) العقود التي يملك بها النخل والشر أربعة أضرب	٣١	وبعده مالك وأحمد والليث وداود والطبري
٣٦	( أحدها ) عقد معاوضة على وجه المراضاة	٣١	وقال أبو حنيفة والكوفيون والأوزاعي لا يدخل بكل حال فأخذ بالمنطوق دون المفهوم
٣٦	( الضرب الثاني ) ما ملك بمعاوضة على غير وجه المراضاة	٣٢	وأخذ الشافعي بالمنطوق والمفهوم
٣٦	( الضرب الثالث ) عقد على سبيل المراضاة من غير معاوضة كالهبة والوصية	٣٢	واحتجت الحنفية ومن وافقهم بأنها ثمرة برزت عن شجرها

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( ومنها ) اذا جنى المدبر		( الضرب الرابع ) ما لم يكن
٤٠	جناية تستغرق قيمته ثم مات السيد	٣٧	من عقود المعاوضات ولم يكن مأخوذاً على وجه المراضاة
	وأما الحديث فليس فيه		( فرع ) قال صاحب فيها
٤١	تعرض لذلك	٣٧	شذ عن أصول الكوفيين
	( فرع ) اذا قلنا بأنه اذا		( فرع ) وأما قول المصنف
	استثنى الثمرة يشترط شرط		قال الشافعي : وما تشق
٤١	القطع		في معنى ما أبر لأنه نماء
	( فرع ) اذا بقيت الثمار	٣٨	ظاهر
٤١	غير المؤبرة للبائع بالاستثناء		ومن كلام الشافعي
	( فرع ) قال الماوردي :		والبويطي يستفاد أن التأبير
	لو استثنى البائع نصف		اسم لوضع طلع الفحال
٤٢	الثمره بطل العقد	٣٨	في الإناث
	( فرع ) قد علمت أن هذه		قال الماوردي : ومن
٤٢	المؤبرة عند الإطلاق للمشتري		النخل ما يكون ترك تلقيحه
	( فرع ) باع نخلة مطلعة	٣٨	أصح للثمره
	ولم يقل للمشتري : انها		قال ابن عبد البر في
٤٢	مؤبرة		التمهيد لم يختلف العلماء أن
	( فرع ) بيع الطلع في	٣٨	الحائط اذا تشقق طلع انائه
	قشره مفردا مقطوعا على		وأما البيع فلا ، حتى
٤٣	الأرض أو على النخل	٣٨	يصير زهوا
	( فرع ) قال الشيخ		( فرع ) دل الحديث على
	أبو محمد : اذا أبر الطلع		أن الثمرة المؤبرة للبائع الا أن
٤٣	وحكنا ببقائه للبائع	٣٩	يشترط المبتاع
	( فرع ) باع نخلة لم يخرج		( فرع ) هذا الاشتراط هل
	طلعها فإنه يخرج طلعها على	٣٩	حكمه حكم البيع ؟
٤٣	ملك المشتري		( فرع ) قال أصحابنا :
	( فرع ) لو شرط غير		يحصل تسليم الشجرة مع
٤٤	المؤبرة للمشتري كان تأكيدا		كون الثمار المؤبرة عليها
	( فرع ) ذكرهما	٣٩	للبيع
	ابن سريج ونقلهما الشيخ		( فرع ) فاما غير المؤبرة
٤٤	أبو حامد		فقد علم انها عند الإطلاق
	( أحدهما ) اشترى نخلة	٤٠	تكون للمشتري
٤٤	فأثرت		وجعلوا هذه قاعدة أن
	( الثاني ) اشترى أرضا		ما أشرف على الزوال هل
٤٤	عليها نخيل مؤبرة	٤٠	يعطى حكم الزائل ؟
	( فائدة ) الفزالي في	٤٠	وخرجوا على ذلك مسائل
	المستصفي من المنكرين لهذا		( منها ) اذا باع دارا
	المفهوم ، ولكنه في كتبه		واستثنى منفعتها لنفسه سنة
٤٤	الخلافة	٤٠	هل يصح ؟

الصفحة	الاحكام	الصفحة	الاحكام
٥٠	ثم قال الشافعي : ومن باع نخلا قبل ان تؤبر الاناث ( فائدة ) اطلق المصنف	٤٥	ليس في شيء من كتب الغزالي باسم التحضير ولعله مصنف التحصين وهو كتاب ( تحصين المآخذ )
٥٠	الوجهين في هذا الكتاب ( فرع ) قال الماوردي : اذا اخذ طلع الفحال جاز بيعه	٤٦	واما الاول فلان الخلع لا يتفق الا في حالة الشقاق ( فائدة أخرى ) في التأبير عن جابر « أبصر النبي ﷺ الناس يلتحسون فقال : لا لقاح »
٥٠	( فائدة ) ادعى بعضهم انه ليس في خصوص مسألة الفحال	٤٦	تضمن الحديث النهى عن اللقاح ثم الاذن فيه
٥١	( فرع ) باع فحالا لا طلع عليه	٤٦	ومال الحازمي الى أن ذلك ليس بحكم شرعى والحديث المذهبين
٥١	وان باع حائطا أبر بعضه دون بعض جعل الجبيع كالمؤبر	٤٦	وان باع فحالا وعليه طلع لم يتشقق ففيه وجهان ( أحدهما ) أنه لا يدخل في بيع الأصل
٥٢	( اما الاحكام ) ففي هذه الجملة مسألتان ( الاولى ) اذا باع حائطا أبر بعضه	٤٦	( والثاني ) أنه يدخل في بيع الأصل
٥٢	وقد وقع في كلام ابن حزم ما يقتضى أن لفظ الحديث : وفيها ثمرة	٤٦	الفحال بضم الفاء وحاء مهملة مشددة ذكر النخل
٥٢	أن الحكم بتبعية الأساس أمر ضرورى لصحة البيع	٤٧	( اما الاحكام ) فقال اصحاب تبعا للشافعي :
٥٣	واما اذا كان الحائط انواعا	٤٧	اذا كان في النخل فحول
٥٣	( فرع ) هذا كله فيما اذا باع الجميع	٤٧	قال الماوردي : هذان الوجهان مخرجان من اختلاف اصحابنا في طلع الاناث
٥٤	واما عند اختلاف النوع فغريب	٤٧	وقال الجورى : اذا كان فيها فحول فتعد اختلاف اصحابنا
٥٥	قال ابن الرمة : يشترط أن يكونا في اقليم واحد	٤٨	وقال القاضى حسين :
٥٥	في مكان طبعه واحد	٤٨	على هذا الوجه فيه وجهان كما في طلع الاناث
٥٥	واما عند اختلاف النوع فغريب	٤٨	وحكى في الحاوى وجهها وصححه أن طلع الاناث لا يتبع طلع الذكور
٥٦	( فرع ) هذا الحكم المذكور من أول الفصل الى هنا أن المؤبر لا يتبع النخلة المبعة	٤٩	وان كان طلع الذكور يتبع طلع الاناث
٥٦	وان كان له حائط اطلع بعضه	٤٩	

الصفحة	الاحكام	الصفحة	الاحكام
٦٥	( فرع ) لو باع كمام الورد قبل حصول الورد فيها (الضرب الثاني) ما يقصد منه الورق كالتوت وشجره المسمى بالفرصاد	٥٧	( الشرح ) فيه مسألتان : ( المسألة أولى ) اذا باع جميع نخل البستان وقد أبر بعضها
٦٥	( فائدة ) الياسمين بكسر السين والاشهر جعل النون حرف اعرابه	٥٧	( قلت ) وقد تقدم ان قول ابن ابي هريرة الذي انتصر له الماوردي مخالف لنص الشافعي الصريح
٦٦	وفي المسألة وجه ثالث حكاه الروياني عن جزم الماوردي به	٥٨	( قال ابن الرنعة ) ولو كان بعض الولد ولم ينفصل كله الا بعد البيع
٦٧	الخلاف - بضم الخاء وتشديد اللام - الذي يقطع أغصانه ويترك ساقه ( فرع ) قال صاحب التتمة : المذهب في شجر النبق كسائر الاشجار	٥٨	( المسألة الثانية ) اذا أبر بعض الحائط دون بعض
٦٧	وان كان ما يقصد منه الثمرة فهو على أربعة أضرب ( أحدها ) ما تخرج ثمرته ظاهرة من غير كمام ولا ورق دونها ولا حائل كالتين والعنب واعلم ان كلام المصنف في هذا الضرب والذي بعده يقتضي بأن ما يظهر بعد العقد لا يكون تابعا لما عند العقد	٥٩	قال الشافعي : والكرفس اذا بيع أصله كالنخل وأما الكرفس المذكور فلا نعلم خلافا في الحاقه بالنخل
٦٩	( قلت ) هذا اعتراض وجواب جيدان ( والضرب الثاني ) من الضرب الثالث الذي يكون المقصود فيه الثمرة ( والضرب الثالث ) ما يخرج وعليه قشرتان كالجوز واللوز والرائج	٦٠	وقال القاضي حسين : انه يبقى للبائع ولا يدخل في البيع وان باع شجرا غير النخل والكرفس لم يخل اما أن يقصد منه الورد أو الورق أو الثمرة
٧٠	قال الشيخ أبو حامد : اما الذي لا اشكال فيه فالرمان والموز	٦٣	( الضرب الأول ) ما يقصد منه الورد وهو على نوعين ( أحدهما ) ما يخرج في ورق أخضر لا يشاهد منه شيء
٧١		٦٤	( قلت ) وهذه الحكاية عن أبي حامد كان يغلب على ظني أنها وهم ( قلت ) لعل الشيخ ابا حامد اختلف كلامه في ذلك ( النوع الثاني ) من هذا الضرب ما يبرز بنفسه لا يحول دونه حائل
		٦٤	وقال الروياني : ان البنفسج كالورد

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( أحدهما ) ينظر فان بلغ الحد الذى جرت العسادة بجذاذه عليه فقد انتهى ملك البائع ما بعد تلك الجذة ٨٢	٧٢	واعلم أن اللوز إذا كان أخضر صغيرا يؤكل في قشرته ( والرابع ) ما يكون في نور يتأثر عنه النور كالفتحاح والكثيرى
٨٣	ويحتمل أن يقال : لابد من شرط القطع ( فرع ) بنى الماوردى على الوجهين اللذين ذكرهما ما إذا كان الزرع بذرا ٨٣	٧٣	( أما الأحكام ) فإذا باع أصل التفاح والكثيرى والسفرجل والأجاص والخوخ والمشمش
٨٤	( فرع ) باع الأرض وفيها البقول المذكورة بعد جذها ( فرع ) إذا كان في الأرض أشجار خلاف يقطع من وجه الأرض ٨٥	٧٤	والذى ذكره من لفظ الشائعى في الصرف ( تنبيه آخر ) أكثر الأصحاب جعلوا المشمش والفتحاح والخوخ من هذا القسم
٨٥	( فرع ) إذا قلنا بوجوب القطع فيما كان ظاهرا عند العقد ( فرع ) من البقول ما يبقى أصله سنين ٨٦	٧٦	( فرع ) قال القاضى الماوردى : أن الكرم نوعان
٨٧	( فرع ) ظهر لك مما تقدم أن الأقسام ( فرع ) الموز أصله لا يحمل إلا سنة واحدة ٨٧	٧٦	( فرع ) إذا باع أصلا عليه ثمرة ظاهرة ٧٧
٨٨	ولم يترجح عندي هذا الاحتمال على الذى قبله فإذا علمت أن شجرة الموز لا يمكن قطعها من أصلها ( فرع ) هذه الأحكام التى تقدمت كلها فيها أطلق البيع ٩٠	٧٨	وأن باع أرضا وفيها نبات غير الشجر
٩١	وفي بيع الأرض طريقتان من أصحابنا من قال : فيه قولان لأنها في يد البائع ( وقوله ) أن المنع من بيع دار المعتدة بالاقتران ليس لما ذكر . الخ ٩٢	٧٨	وأما المبنى والأحكام فالأشرب الثلاثة فيه مختلفة يتعين أن يقسم القسم الأول الى قسمين ٧٩
	( فان قلت ) الحاق بيع الأرض المزروعة بالدار المشحونة بالامتنعة غير متجه ٩٢	٧٩	( القسم الأول ) الأصل الذى له ثمرة بعد ثمرة كالبنفسج والفرجس والبطيخ ( القسم الثانى ) وهو بعض القسم الأول في كلام المصنف ٨٠
		٨٠	فإن قلنا بأن الأصول لا تدخل في بيع الأرض فهى باقية على ملك البائع زاد الماوردى محكى وجهين في هل ينتظر به تناهى جذاه ٨٢

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( قلت ) شرط الحاق		( قلت ) شرط الحاق
	مسألة بأخرى اشتراكها		مسألة بأخرى اشتراكها
٩٣	في مناط الحكم	٩٣	في مناط الحكم
	( التفريع ) بائع الأرض		( التفريع ) بائع الأرض
	المزروعة اذا خلى بينها وبين		المزروعة اذا خلى بينها وبين
	المشتري فهل يحكم		المشتري فهل يحكم
٩٤	بصيرورتها في يده	٩٤	بصيرورتها في يده
	( تنبيه ) من قال بصحة		( تنبيه ) من قال بصحة
	تسليمها مزروعة لا شك		تسليمها مزروعة لا شك
٩٥	انه يقول بصحة البيع	٩٥	انه يقول بصحة البيع
	( فرع ) لو انقطع الزرع		( فرع ) لو انقطع الزرع
	قبل المدة لحاجة أو جذة		قبل المدة لحاجة أو جذة
٩٥	البائع قبل وقت حصاده	٩٥	البائع قبل وقت حصاده
	( فرع ) قال الرافعي :		( فرع ) قال الرافعي :
	كل زرع لا يدخل في البيع		كل زرع لا يدخل في البيع
٩٥	لا يدخل	٩٥	لا يدخل
	( فرع ) عندنا لا يؤمر		( فرع ) عندنا لا يؤمر
	البائع بقطع الزرع الذي له		البائع بقطع الزرع الذي له
٩٦	في الحال	٩٦	في الحال
	( فرع ) لو كان المشتري		( فرع ) لو كان المشتري
٩٦	جاهلا بالزرع	٩٦	جاهلا بالزرع
	( فرع ) في وجوب الأجرة		( فرع ) في وجوب الأجرة
	على البائع في مدة بقاء الزرع		على البائع في مدة بقاء الزرع
٩٦	في الأرض	٩٦	في الأرض
	( فان قلت ) مقتضى		( فان قلت ) مقتضى
	ما ذكرت أن يكون الصحيح		ما ذكرت أن يكون الصحيح
٩٨	عدم وجوب الأجرة	٩٨	عدم وجوب الأجرة
	( قلت ) أما الغزالي فان		( قلت ) أما الغزالي فان
	الأصح عنده أن جنابة البائع		الأصح عنده أن جنابة البائع
٩٨	كالأجنبي	٩٨	كالأجنبي
	( تنبيه ) ما حكيت في		( تنبيه ) ما حكيت في
	ماخذ وجوب الأجرة من أن		ماخذ وجوب الأجرة من أن
	المنافع متميزة عن المعقود		المنافع متميزة عن المعقود
٩٩	عليه	٩٩	عليه
	( فرع ) وهو الكلام الثاني		( فرع ) وهو الكلام الثاني
	أن الإمام جعل محل الخلاف		أن الإمام جعل محل الخلاف
٩٩	في وجوب الأجرة في حالة	٩٩	في وجوب الأجرة في حالة
	الجهل		الجهل
	( فرع ) ما تقدم من		( فرع ) ما تقدم من
١٠٠	وجوب الإبقاء	١٠٠	وجوب الإبقاء
السنة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( فرع ) يشترط في بيع		( فرع ) يشترط في بيع
	الأرض المزروعة تقدم الرؤية		الأرض المزروعة تقدم الرؤية
١٠٠	على العقد	١٠٠	على العقد
	( فرع ) اذا شرط دخول		( فرع ) اذا شرط دخول
١٠٠	الزرع في البيع	١٠٠	الزرع في البيع
	( فرع ) اذا اشترى		( فرع ) اذا اشترى
	أرضا رآها قبل البيع ولم		أرضا رآها قبل البيع ولم
١٠٠	يرها حين البيع	١٠٠	يرها حين البيع
	( تنبيه ) مراد المصنف		( تنبيه ) مراد المصنف
	بالأرض المزروعة بزرع		بالأرض المزروعة بزرع
١٠١	يحصد مرة واحدة	١٠١	يحصد مرة واحدة
	( فائدة ) قوله حتى يحصد		( فائدة ) قوله حتى يحصد
	يقال : أحصد الزرع أى بلغ		يقال : أحصد الزرع أى بلغ
١٠١	أوان الحصاد	١٠١	أوان الحصاد
	وان باع أرضا فيها بذر		وان باع أرضا فيها بذر
١٠١	لم يدخل البذر في البيع	١٠١	لم يدخل البذر في البيع
	اذا بطل البيع في البذر		اذا بطل البيع في البذر
	ففى بطلانه في الأرض		ففى بطلانه في الأرض
١٠٢	طريقتان	١٠٢	طريقتان
	( احدهما ) أنه على		( احدهما ) أنه على
١٠٢	قولى تفريق الصفة	١٠٢	قولى تفريق الصفة
	( والطريقة الثانية )		( والطريقة الثانية )
١٠٣	القطع ببطلان بيع الأرض	١٠٣	القطع ببطلان بيع الأرض
	( قلت ) ولابد فيه من		( قلت ) ولابد فيه من
١٠٣	ملاحظة التبعية	١٠٣	ملاحظة التبعية
	اذا باع أصلا وعليه ثمرة		اذا باع أصلا وعليه ثمرة
	للبياع لم يكلف قطع الثمرة		للبياع لم يكلف قطع الثمرة
١٠٤	الى أوان الجذاذ	١٠٤	الى أوان الجذاذ
	( اما الأحكام ) فقال		( اما الأحكام ) فقال
	الشافعي والأصحاب : اذا		الشافعي والأصحاب : اذا
	اشترى نخلا وعليه ثمرة		اشترى نخلا وعليه ثمرة
١٠٤	للبياع أو كرسفا	١٠٤	للبياع أو كرسفا
	وهكذا لو زرع المشتري		وهكذا لو زرع المشتري
	فاستحقها الشافع لم يجبر		فاستحقها الشافع لم يجبر
١٠٥	المشتري	١٠٥	المشتري
	( فرع ) قال الشافعي		( فرع ) قال الشافعي
	والأصحاب : فاذا حصد		والأصحاب : فاذا حصد
	الزرع فان بقى له أصول		الزرع فان بقى له أصول
١٠٦	لا تضر بالأرض	١٠٦	لا تضر بالأرض

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( فرع ) ظاهر كلام		( فرع ) لو أصابت الثمار
	الأصحاب أنه يجب السقي	١٠٦	آفة وصارت بحيث لا تنمو
	بالماء الذي جرت العادة		( فرع ) لا يمنع البائع من
١١٤	أن يسقى منه تلك الأشجار	١٠٧	الدخول في الحائط للسقي
	( فرع ) أما الأرجح من		( فرع ) ولا يستحق
	هذه الأوجه صحح الرافعي	١٠٧	المشتري على البائع أجره
١١٤	قول الفسخ		الأرض في مدة إقامة الزرع
	لا يجوز بيع الثمار والزرع		( فرع ) لو باع النخلة
	قبل بدو الصلاح من غير شرط	١٠٧	وعليها ثمرة مؤبرة
١١٤	القطع		فإن أصاب النخل عطش
	وقد كثر الزهو في الحديث	١٠٧	وخاف أن تشرب الثمرة الماء
١١٥	يقال : زها النخل يزهو		( الشرح ) تقدم أن الثمرة
	فهذه أحاديث من رواية		إذا بقيت للبائع لا يكف
	خمس من الصحابة تنع من	١٠٨	قطعها إلى أو أن الجذاذ
١١٦	بيع الثمار قبل بدو الصلاح		( والأصح من القولين )
	وقال ابن المنذر : أجمع	١٠٨	الثاني القائل بالإيجاب
	أهل العلم على القول بجملة		( المسألة الثانية ) إذا
١١٧	هذا الحديث		احتاج أحدهما إلى سقي ماله
	( أما الأحكام ) فقد قسم		ولم يكن على الآخر ضرر جاز
	الشافعي والأصحاب بيع	١٠٩	له أن يسقيه
١١٨	الثمرة إلى قسمين		( المسألة الثالثة ) إذا
	( القسم الأول ) أن يبيعهما		احتاج أحدهما إلى السقي
	قبل بدو الصلاح وذلك على	١١١	وكان على الآخر ضرر
١١٨	قسمين		( الصورة الثانية ) أن يضر
	( الأول ) الأشجار للبائع	١١١	بالثمرة
	أو لغير المتعاقدين وهذه		أما النخل فيمنعه السقي
١١٨	على ثلاثة أقسام	١١٢	أبدا
	( الثاني ) أن يبيعهما بشرط		( فائدة ) قال الشيخ
١١٨	القطع فالبيع صحيح بلا خلاف		أبو حامد وغيره : قالوا :
	( فرع ) إذا باع بشرط	١١٢	هلا قلتم في هذه المسائل
١١٩	القطع وجب الوفاء به		( فرع ) حيث جعلنا للبائع
	( فرع ) قال في التتمة :		السقي قال الشافعي
	أنما يجوز البيع بشرط القطع	١١٢	والأصحاب
١٢٠	إذا كان المقطوع منتعما به		وأطلق الرافعي احتمال
	( فرع ) التسليم في ذلك	١١٣	الإمام
	هل يكون بالتخلى كما هو		( فرع ) القولان للذان
١٢٠	تسليم الثمار		أطلقهما المصنف هل محلها
	( القسم الثالث ) أن		فيها إذا كان السقي متعذرا
١٢٠	يبيعهما مطلقا لا بشرط القطع	١١٣	أو مطلقا
	ولا التبقية		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وكلام الشافعي في هذا الباب يدل على أن الحبل ليس له قسط من الثمن ( فرع ) هذا الحكم الذي ذكرناه من جواز بيع الثمرة مع الأصول	١٢١	وأما إطلاق العقد وحمله على الصحة فغير مسلم
١٢٨	جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ( القسم الثالث ) إذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار	١٢١	وأما القياس على ما بدا صلاحها فلا يصح لوجهين وأجاب أصحابنا أيضا بوجهين
١٢٩	( فرع ) إطلاق المصنف جواز بيع الثمرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح ( القسم الثالث ) إذا باع الثمرة وحدها من مالك الأشجار	١٢١	( أحدهما ) أن تأويل الراوي مرجوع إليه ( والثاني ) أن ظاهر رواية زيد وقوله : أنه حضر تقاضيه
١٣٠	( فرع ) على هذا الوجه لا يجب الوفاء بهذا الشرط وأن باع الثمرة من يملك الأصل	١٢٢	( فرع ) قد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على شرط التيقن والرافعي نقل مسألة
١٣١	والأقسام التي في الثمار عائدة بعينها في الزرع ( القسم الأول ) أن يبيعها مفردة عن الأرض	١٢٣	الحصر عن القفال وأعلم أن ههنا أمورا أربعة يجب التمييز بينها ( أحدها ) العرف ( والثاني ) العادة :
١٣٢	وأعلم أن الأصحاب اتفقوا فيما أعلم على اشتراط شرط القطع في هذا القسم	١٢٣	وينقسم كل منها إلى عام وخاص والمراد بالعرف ما يكون سببا لتبادر الذهن من لفظ إلى معنى من اللفظ والمراد من العادة ما هو مألوف من الأفعال
١٣٣	أما الزرع الذي يعتاد اتقاؤه فممتنع بغير شرط القطع فسد ( القسم الثاني ) أن لا يباع الزرع مع الأرض ( تنبيه ) إطلاق المصنف جواز بيع الزرع والثمره مع الأرض	١٢٣	( فرع ) لو باع ثمرة لم يبد صلاحها على شجرة مقلوعة إذا اشترها قبل بدو الصلاح بشرط التيقن ( فرع ) إذا اشترى ذلك بشرط القطع
١٣٤	باعت الزرع وحده من مالك الأرض فهو كبيع الثمرة ( فرع ) قول المصنف هنا : إذا باع الزرع من يملك الأرض	١٢٣	( القسم الثاني ) بحسب ما اقتضاه كلام المصنف إذا بيعت الثمار مع الأشجار يرد ذلك قول الشافعي الذي قدمته قريبا بجواز بيع الدار بطريقها وسيل مائها وانفنتها
١٣٥	( فرع ) لو باع الزرع من مالك الأرض بالأرض فأنسه يصح	١٢٤	
١٣٦		١٢٨	

الاحكام	الصفحة	الاحكام
( فرع ) في رهن الثمرة وهبتها قبل بدو الصلاح	١٢٦	( فرع ) قد تقدمت الاحاديث الواردة في المنع عن بيع الثمار قبل بدو الصلاح
١٤٢ خلاف ( فرع ) قال احمد بن بشر وهو القاضي أبو حامد : ولا بأس بشراء نصف الثمرة جزافا	١٣٦	( فرع ) لا فرق في الثمار بين ما يجذ كالبلح والبسر أو يقطف كالحصرم والعنب
١٤٢ ( فرع ) البطيخ له احوال ( الحالة الاولى ) أن يبيعه مع الأرض	١٣٦	( فرع ) الفجل المغروس في الأرض والسلجم والجزر والسلقى اذا اشترى ورقه
١٤٢ ( الحالة الثانية ) أن يفرد اصول البطيخ بالبيع ( الحالة الثالثة ) أن يبيع البطيخ مع اصوله منفردا من الأرض	١٣٦	( فرع ) قال القاضي حسين : اذا باع أصل الكراث مع الكراث صح العقد
١٤٣ ( الحالة الرابعة ) أن يبيع البطيخ وحده دون اصوله	١٣٧	( فرع ) قال ابن الحداد في المولدات باع نصف ثمرة على رؤوس النخل
١٤٣ وان بدا صلاحها جاز بيعها بشرط القسم الرابع من الاقسام المتقدمة	١٣٧	أما اذا جوزنا قسمة الثمرة في حال الرطوبة بناء على أنها افراز
١٤٤ وقسمة الأصحاب الى ثلاثة احوال ( الحالة الاولى ) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز أجماعا	١٣٨	واعلم أن ابن الحداد علل المنع في ذلك بامتناع القسمة وأما اذا قلنا : لا تصح القسمة فباع نصفها بشرط قطع الجميع
١٤٤ ( الحالة الثانية ) أن يبيعها بشرط القطع فهذا جائز أجماعا	١٣٩	ولم أر أحدا صرح بجواز بيعها غير القاضي
١٤٥ ( الحالة الثالثة ) أن يبيعها بشرط النبقية ( فرع ) أطلق المصنف أنه اذا بدا صلاحها جاز بيعها	١٣٩	والمعجب من القاضي كيف صرح ببيع الزرع على قسمته
١٤٥ ( فرع ) قال القاضي حسين : بيع الزرع وحده أن كان بذرا لم يصح ( فرع ) قصب السكر صلاحه في بقائه في قشره كالجوز في قشره الأسفل	١٤٠	( فرع ) من هذا الجنس لو باع نصف الثمرة مع نصف النخل صح
١٤٦	١٤٠	ولو كانت الأرض لواحد والثمرة أو الزرع لآخرين
١٤٦	١٤١	وقال الخوارزمي في الكافي : لو كان الزرع لهما والأرض
١٤٦	١٤١	( فرع ) رأيت في المطارحات لابن القطان أنه باع نصف الزرع مشاعا

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٥٣	أكلها غير شامل لجميع أنواع بدو الصلاح.	١٤٦	( فرع ) الكتان اذا بدا صلاحه قال ابن الرنمة :
١٥٤	( فرع ) اذا باع أوراق الفرساد مع الأغصان	١٤٧	يظهر جواز بيعه ( فرع ) البقل اذا بيع مع الأصول
١٥٥	( فرع ) قال الشافعي والأصحاب : اذا بدا صلاح ما خرج من القثاء والبطيخ لم يجز ( فرع ) قال الشافعي : ولا يجوز أن يستثنى الثمرة إذا وقسم الأصحاب الاستثناء في البيع الى أربعة أقسام	١٤٨	( فرع ) فان باع الثمرة بعد بدو الصلاح مع الأصول ( فرع ) في مذاهب العلماء وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب أكلها
١٥٥	( الاول ) أن يكون الاستثناء معلوما	١٤٨	( أما الأحكام ) فقد اختلف الناس في تفسير بدو الصلاح واعترض عليه ابن داود اما أن يكون الشافعي أراد أن يعلمنا أنه يحب القثاء فلا فائدة في ذلك
١٥٥	( والقسم الثاني ) أن يكون استثناء مجهولا والمبيع بعده مجهولا	١٥٠	وأجاب الأصحاب بأن الشافعي قصد بهذا القول أن يفرق بين ما طعمه في الابتداء مخالف
١٥٥	( والقسم الثالث ) أن يكون الاستثناء مجهولا والمبيع بعده مجهولا	١٥٠	قال الماوردي وجملة الثمار على ثمانية أقسام ( أحدها ) ما يكون بدو الصلاح فيه باللون
١٥٥	( القسم الرابع ) أن يكون الاستثناء مجهولا	١٥١	( القسم الثاني ) ما يتوق صلاحه بالطعم
١٥٦	( فرع ) اذا باع ثمرة حائط بأربعة آلاف درهم الا ما يخص ألفا منها	١٥١	( القسم الثالث ) ما بدو صلاحه بالنضج
١٥٦	( فرع ) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم الا خمسة	١٥١	( الرابع ) ما بدو صلاحه بالقوة والاشتداد
١٥٦	( فرع ) قال : اشتريت منك هذا الثوب بهذه الدراهم	١٥٢	( الخامس ) ما بدو صلاحه بالطول والامتلاء
١٥٦	( فرع ) قال : بعثتك ثمرة هذا النخل الا المعقلي	١٥٢	( السادس ) ما بدو صلاحه بانثشاق كمامه كالقطن والجوز
١٥٦	( فرع ) باع ثاة واستثنى سواقطها	١٥٣	( الثامن ) ما بدو صلاحه بانفتاحه وانتشاره كالورد والنيلوفر
١٥٦	( فرع ) باع قطنا واستثنى حبه		وقول المصنف : وبدو الصلاح في الثمار أن يطيب
١٥٧	( فرع ) بيع الثمرة وفيها قدر الزكاة		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٦٤	( العاشرة ) أن يختلف البستان والصفة	١٥٧	( فرع ) الزرع الذى يخلف كالقرظ
١٦٤	( الحادية عشرة ) أن يختلف البستان والملك	١٥٧	( فرع ) اذا اشترى الزرع الذى لا يخلف
١٦٥	( الثانية عشرة ) أن تختلف الصفة والملك فيبيع ما لم يبد صلاحه اعتمادا على بدو صلاحه	١٥٨	( الشرح ) فى هذه الجملة ثلاث مسائل
١٦٥	( الثالثة عشرة ) أن يتحدد النوع مع اختلاف الثلاثة	١٥٨	( احداها ) قال الشافعى والأصحاب : اذا بدا فى بعض الثمرة جاز بيع جميعها
١٦٥	( الرابعة عشرة ) أن يتحد البستان مع اختلاف الثلاثة	١٦٠	واذا كان فى الجنس الواحد فلا وجه حينئذ
١٦٥	( الخامسة عشرة ) أن يتحد الملك مع اختلاف الثلاثة ( فائدة ) النظر فى هذه المسائل كلها هل هو لسوء المشاركة	١٦١	( الصورة الثانية ) أن يختلف البستان كما اذا بدا الصلاح فى جنس
١٦٥	( فرع ) اذا باع شيئا من ثمرة البطيخ والقثاء والخيار ( فرع ) ولا يجوز فى شيء من ذلك أن يبيع ما ظهر من الثمرة	١٦٢	( الصورة الثالثة ) أن تختلف الصفة مع اتحاد البواقي
١٦٦	( فرع ) لا خلاف أنه لا بد من وجود الصلاح	١٦٢	( فرع ) قال : بعثك هذا بكذا وهذا بكذا
١٦٧	( فرع ) اذا كان بستانان فيهما زرع واحد فبدا الصلاح اذا ابتاع زرعا أو ثمرة بعد بدو الصلاح	١٦٣	( الصورة الرابعة ) أن يختلف الملك مع اتحاد الجنس والنوع والبستان
١٦٧	اتفق الأصحاب على أنه يجب على البائع التخلية الى أوان الحصاد	١٦٣	( الصورة الخامسة ) أن يختلف البستان والنوع مع اتحاد البواقي
١٦٧	( قلت ) وكذا الشافعى فى الحلية حتى الوجهين فى وجوب السقى على البائع ( فرع ) الى متى ينتهى الزمان الذى ينتهى فيه السقى	١٦٣	( الصورة السادسة ) أن يختلف البستان والنوع والصفة
١٦٩		١٦٣	( الصورة السابعة ) أن يختلف البستان وتعدد الصفة مع اتحاد البواقي
		١٦٤	( الثامنة ) أن يختلف النوع والصفة
		١٦٤	( التاسعة ) أن يختلف النوع والملك مع اتحاد الصفة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( فرع ) قد تقدم أنه على القول بعدم الانفساخ يقال للبائع أن سمحت بحقك أقر العقد	١٦٩	( فرع ) لو شرط السقي على المشتري بطل البيع
١٧٥	( فائدة ) قال الإمام : ولو اعترفا - والاختلاط بعد القبض - بالالتباس ورضيا ( فرع ) هذا الحكم في بيع الباذنجان في شجره إذا بلغ نهايته لم يحتج إلى شرط القطع	١٦٩	( فرع ) إذا اشترى ثمرة على رؤوس الشجر بعد بدو الصلاح
١٧٥	( فرع ) فيه تنبيه على تقبيد كلام المصنف : لو اختلط الطعام المبيع بغيره قبل القبض	١٦٩	( فرع ) قريب من هذا فيما إذا أصابت الثمار آفة ( فرع ) باع الجمد في الجمد وكان طوله وعرضه وعمقه معلوما
١٧٦	( فرع ) قد تقدم أنه إذا كان اختلاط الطعام بمعد القبض لا يفسخ العقد	١٧٠	وإذا اشترى ثمرة على الشجر فلم يأخذ حتى حدث ثمرة أخرى
١٧٦	( فرع ) لو صدر الخلط من البائع أو المشتري عن تصد	١٧٠	( الشرح ) هذا الفصل معقود لحكم اختلاط الثمار والحق به ما في معناه
١٧٧	( فرع ) قال القاضي : إن القولين في الانفساخ ( قلت ) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها	١٧٠	واعلم أن ما ذكره في تعليل كل من القولين يقتضي أن التسليم لم يوجد
١٧٧	( فرع ) قال القاضي : إن القولين في الانفساخ ( قلت ) وفي مسألة اختلاط الثمار والحنطة وشبهها	١٧٢	وقوله : وإن لم يسمح للبائع فسخ العقد أي يفسخه الحاكم بينهما
١٧٧	( قلت ) قوله : المذهب أنه يبطل البيع أراد الترجيح في الجملة	١٧٣	( فرع ) لو انشال على الحنطة المباعة بعد قبضها حنطة أخرى فالبيع صحيح
١٧٨	وما ذكره الروياني يوافق وجهها في الفلوس أن البائع لا يرجع في المبيع	١٧٣	( فرع ) لو باع الحنطة منه مكايلة
١٧٨	وإن اشترى شجرة عليها حمل للبائع فلم يأخذ	١٧٤	( فائدة ) إذا انتهى الأمر إلى الخصومة وقبول قول ذي اليد
١٧٩	( الشرح ) في مسألتان هما من بقية المراتب	١٧٤	( فرع ) اليد في الثمار بعد التخلية وقبل القطاف للبائع
١٧٩	( أحدهما ) وهي المرتبة الثانية إذا اشترى شجرة أو أرضا فيها شجرة حاملة	١٧٤	( فرع ) قد تقدم حكاية الخلاف في الصحيح في هذه المسألة
١٧٩		١٧٥	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
١٨٦	( فرع ) باع شجرة الباذنجان ان بلغ نهايته ، فان كان في الخريف	١٨٠	واختلف الأصحاب في ذلك على طريقين كما ذكره المصنف ( احدهما ) طريقة
١٨٦	( مائدة ) ان قلت ما وجه تأخير هذه المرتبة عن المرتبة الثانية	١٨٠	ابن خيران وأبى على الطبرى في الانصاح القطع بعدم الانفساخ
١٨٧	( قلت ) وسنذكر من كلام صاحب التتمة انه اذا اشترى الزرع بشرط القطع	١٨٠	( الطريقة الثانية ) وبها قال المزنى وأبو اسحاق المروزي انها على القولين
١٨٧	( مائدة ) هذه المسألة تنبهك على ان المشتري اذا اشترى جذة	١٨١	( قلت ) المراد بان المسألة غير قابلة للتأويل
١٨٧	( فرع ) الزروع التي تحصد مرة واحدة اذا اشتراها بشرط القطع	١٨١	( والقول الثانى ) انه يفسد البيع
١٨٧	( فرع ) اذا اشترى اصول البطيخ لا يجوز الا بشرط القطع	١٨١	( مائدة ) قال الشيخ أبو حامد : ولا أعرف شجرة تحمل حملين يتميز أحدهما عن الآخر
١٨٨	( فرع ) قال الشافعى : ولا يجوز بيع القصيل الا على ان يقطع مكانه	١٨٢	( قلت ) والآخر كذلك غير انه لا يطرد في شجرة بعينها
١٨٩	( فرع ) في زيادات أبى عاصم العبادى اذا اشترى ورق الفرماد مع أغصانه فتراخى القطع	١٨٢	( فرع ) قال المتولى في هذه المسألة : ان عدم الانفساخ هو الصحيح
١٨٩	( فرع ) ما لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كالرطبة والقصيل	١٨٣	( فرع ) اذا قلنا يفسخ العقد فلا تبرع
١٨٩	وان كان له شجرة تحمل حملين فباع أحد الحملين ضبط في الاستقصاء حملين بفتح الحاء وقال : الحمل بالفتح ما كان في بطن أو على رأس شجرة	١٨٣	( فرع ) كلام المصنف هنا مشير الى انه لا مزية في غرض ترك الحق
١٩٠	وأما الزامهم بالعبد الأبق فالفرق ان الثرة يمكن تسليمها بتسليم الجميع	١٨٤	( فرع ) أورد على الزام المشتري أو البائع قبول ما بذل له من الثمن
١٩١	( قلت ) وإيجاب القطع بدون شرطه بعيد	١٨٤	( المسألة الثانية ) وهى المرتبة الأخرى اذا اشترى رطبة فان اشترى بشرط القطع
١٩٢		١٨٤	واعلم أن هاتين الطريقتين على ما ذكره المصنف متفقتان واعلم أن في مسألة الرطبة ومسألة اختلاط الثمار المبيمة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال أبو عبيد : المصرة		( فرع ) إذا اشترى
	الناقطة أو البقرة أو الشاة		الشجرة المذكورة بعد
٢٠٠	التي قد صرى اللبن في	١٩٢	ظهور أحد الحملين وتأبيره
	ضرعها		<b>باب بيع المصرة والرد</b>
	استشهاد من كتابنا	١٩٤	<b>بالعيب</b>
٢٠٠	( خالد بن الوليد قيادة		الأحاديث الواردة في رد
	ودعوة )		المصرة ورد صاع من تمر
٢٠١	ويحتل أن أصل المصرة	١٩٥	أو طعام
	مصرة		وطريق ابن سيرين
	وإذا كان كذلك فليس في		وأبي صالح فيها ذكر الثلاث
	كلام الشافعي مخالفة لغيره		وهي مقتصرة على بيان
	الزيادة تبين ما كانت العرب	١٩٦	الحكم
	تفعله من ربط أخلاف الناقطة		وأما حديث عمر فرواه
٢٠١	والشاة		أبو داود وابن ماجه قال
	قال ابن هشام : قول		الخطابي : وليس اسناده
٢٠٢	الشافعي حجة في اللغة	١٩٧	بذاك
	وقال أبو عبيد : الشافعي		وقد روى حديث المصرة
٢٠٢	ممن يؤخذ عنه اللغة		عن ابن عمر أيضا بما يوافق
	قال الربيع : وكان	١٩٧	رواية أبي هريرة
	عبد الملك بن هشام بمصر		قال الشافعي : كثير
٢٠٢	كالأصمعي بالعراق		ابن عبد الله ركن من أركان
	وقال ثعلب : أن الشافعي	١٩٨	الكذب
	من بيت اللغة يجب أن يؤخذ		وقال ابن حبان له عن أبيه
٢٠٢	عنه	١٩٨	من جده نسخة موضوعة
	( قلت ) فاطلاق الشافعي		وروى البيهقي من حديث
٢٠٢	أخلاف الناقطة والشاة		اسماعيل بن مسلم عن
	وقال أبو عبيدة : إنما	١٩٨	عن الحسن عن أنس
	يقال في اللبن الإحلابة وإنما	١٩٨	اسماعيل بن مسلم متروك
٢٠٣	المشهور الحلاب		ورواه أبو بكر الاسماعيلي
	وأن كان مطلقا فالمراد		في مستخرجه على الصحيح
٢٠٣	به التمر		من حديث أبي خلف العمي
	وقدم المصنف التصرية	١٩٨	لكنه اختلف في وقفه ورفع
٢٠٤	لأنها المنصوص عليها		ورواه البرقاني موقونا
	وأما اقتصار المصنف في	١٩٩	على شرط البخاري
	الترجمة على المصرة والرد		( أما اللغة ) فقول : لا
٢٠٤	بالعيب	١٩٩	تصروا
	وقال بعض شارحي		قال الشافعي : التصرية
	التنبيه : أن ذلك للرد على		أن تربط أخلاف الناقطة والشاة
	الظاهرين الذين خصوا		وتترك من الحلب اليومين
٢٠٥	الحكم بالمنصوص عليه	٢٠٠	والثلاثة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٠٩	( وسادسها ) اثبات الخيار ثلاثا من غير شرط مخالف للاصول	٢٠٥	لكن يعرض هنا بحثان ( أحدهما ) أن هذا الخبر الذي فيه ( من اشترى مصراة )
٢٠٩	( وسابعها ) يلزم من الصعل بظاهره الجمع بين الثن والثمن للبائع	٢٠٦	وقد يقال : ان جانب الزيادة ورد من طرق صحيحة ( والبحث الثاني ) اذا ثبتت الروايتان عن كلام النبي ﷺ
٢٠٩	لقاعدة الربا في بعض الصور ( وتاسعها ) أنه أثبت الرد من غير عيب ولا شرط	٢٠٦	أما من مفهوم الشرط ( من اشترى )
٢٠٩	( وعاشرها ) أن اللبس كالحمل لا يأخذ قسطا من الثن والا لجاز امراده بالعقد كالثمن	٢٠٦	وأما من مفهوم الصلة وكلا المفهومين حجة عند كثير من العلماء
٢٠٩	( وأما المقام الثاني ) وهو أن ما كان من أخبار الأحاد مخالفا لقياس الأصول	٢٠٦	( والجواب ) عن هذا أن جانب المفهوم ههنا ضعيف بثبوت الحكم
٢٠٩	المطلومة لم يجب العمل به ( العذر الثاني لكم ) أن هذا الحديث من أخبار أبي هريرة وإنما يقبل من أخباره ما فيه ذكر الجنة	٢٠٧	وقول المصنف : ولم يعلم أنها مصراة شرط لأبد منه ( قلت ) وأن صحت هذه الرواية عن مالك فينبغي أن يؤول قوله
٢٠٩	والنار وأما في الأحكام فلا يقبل وتارة يقولون : أنه غير نقيه والحديث مخالف للقياس	٢٠٨	واعتمد المخالفون في الاعتذار عن الحديث أمورا ضعيفة ترجع الى طريقتين أما كونه مخالفا لقياس الأصول المطلومة فمن وجوه
٢٠٩	ولا ثقة برواية غير النقيه ( العذر الثالث ) دعوى النسخ في هذا الحديث أنه يجوز أن يكون ذلك حيث كانت العقوبة بالمال جائزة	٢٠٨	( أحدها ) أنه أوجب غرم اللبس مع إمكانه
٢٠٩	( العذر الرابع ) أن هذا حديث مضطرب	٢٠٨	( وثانيها ) أنه أوجب غرم قيمه مع وجود مثله
٢١٠	( العذر الخامس ) في مخالفتهم لظاهر الحديث بتأويله واستعماله	٢٠٨	( وثالثها ) أنه جعل القيمة تبرا وهي أنها تكون ذهباً أو ورقاً
٢١٠	والجواب في ذلك أما الأول فبالظن في المقامين جميعا	٢٠٨	( ورابعها ) أنه جعلها مقدرة لا تزيد بزيادة اللبس ولا تنقص
٢١٠	فمن الناس من فرق بين مخالفة الأصول وبين مخالفة قياس الأصول	٢٠٨	( وخامسها ) أن اللبس أن كان موجودا عند العقد فقد ذهب جزء من المقدود عليه
٢١٠	قياس الأصول	٢٠٩	

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
( وعن السادس ) وهو		وخص الرد بخبر الواحد	
أن خيار الثلاث من غير		المخالف للاصول لا المخالف	
شرطه مخالف للاصول بأن		لقياس الاصول	٢١٠
الشيء انما يكون مخالفا لغيره		ومنهم من لا يسلم ان	
اذا كان مماثلا له	٢١٢	مخالفة الاصول أيضا قاححة	٢١٠
( وعن السابع ) وهو لزوم		( والصواب ) العمل بها	
الجمع بين البذل والمبذل		جميعا ويعتبر كل أصل بنفسه	٢١٠
من ثلاثة أوجه	٢١٢	مقارنة بين رد الحنفية	
( وعن الثامن ) وهو		احاديث التصرية ورد حديث	
مخالفته لقاعدة الربا أن الربا		أطعمه الله وسقاه وقبلهم	
انما يعتبر في العقود لا في		لخبر زاذان في ابطال طهارة	
الفسوخ ولا في ضمان		المصلى بالتهتة	٢١٠
المتلفات	٢١٢	وقبول الأحناف خبر	
( وعن التاسع ) وهو		أبي فزارة في جواز التوضي	
اثبات الرد من غير عيب ولا		بالنبيذ	٢١٠
شرط أن الخيار ثبت بالتدليس	٢١٢	( واعلم ) أن الأصول	
( وعن العاشر ) وهو كون		المختلف في رد الخبر بها هي	
اللبن غير مقابل بقسط من		المستنبطة التي تكون في	
الثن بالمبيع	٢١٣	نفسها محتلة	٢١١
وأما الحمل فانه غير		( أما ) غرم القيمة مع	
مقدور على استخراجه من		امكان الرد	٢١١
الأم	٢١٣	( وعن الثاني والثالث	
( وأما العذر الثاني ) وهو		والرابع ) وهو غرامة القيمة	
كونه من رواية أبي هريرة	٢١٣	مع وجود المثل	٢١١
فلسولا ذكره في الكتب		وقد وجد في مواضع	٢١١
والاحتياج الى الجواب لكنا		منها الحريضين بمائة من	
نستحي من ذكره ونجل		الابل	٢١١
أبا هريرة أن يتكلم بذلك على		ومنها الجنين يضمن بالفرقة	
سبيل الحكاية	٢١٣	ويستوى فيه الذكر والأنثى	٢١١
وتد دعا النبي ﷺ أن		ومنها المقدرات من جهة	
يحببه الى كل مؤمن ومؤمنة	٢١٣	الشرع في الشجاج كالموضحة	٢١١
وقد روى عبد الرزاق عن		ومنها جزاء الصيد فليس	
معمر بن راشد	٢١٤	من شرط الضمان أن يكون	
ثم ان حديث المصراة قد		بالمثل أو القيمة من النقدين	٢١١
روى من غير طريق أبي هريرة	٢١٤	( وعن الخامس ) وهو	
( وأما الاعتذار الثالث )		ايجاب الرد مع ما حدث في	
وهو دعوى النسخ فذلك من		يد المشتري مع النقص من	
أضعف الاعتذارات	٢١٥	وجهين	٢١٢

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وأصحهما وأوفقهما		( وأما الاعتذار الرابع )
	للحديث ولنص الشافعي		بالاضطراب فان الألفاظ التي
٢٢١	تول أبي حامد		صحت كلها لا تناقض فيها
٢٢١	لكن ههنا تنبيهات :	٢١٥	بل الجمع بينها ممكن ظاهرا
	( أحداها ) ما يمكن أن		( وأما الاعتذار الخامس )
	يكون مستندا لأبي إسحاق		واستعمالهم للحديث على وجه
٢٢١	وابن أبي هريرة		الاشتراط فذلك لا يصح
	أما أبو إسحاق فيمكن أن	٢١٥	لأربعة أوجه
٢٢١	يكون مستنده الحديث		( وأما ) القياس هل هو
	بل أن لم يكن في مسألة		معاصد للحديث فجماعة
٢٢٢	العيب اجماع	٢١٥	يدعون ذلك
	( التنبيه الثاني ) أن		( فرع في علة هذا الخيار )
	الحديث باللفظ الذي أورده	٢١٦	وجهان
٢٢٢	المصنف		( أحدهما ) التدليس
	( التنبيه الثالث ) أن	٢١٦	الصادر من البائع
٢٢٣	الألفاظ الصحيحة		( والثاني ) الضرر الحاصل
	( والجواب ) عن هذا		للمشتري باخلاف ما وطن
	أن قوله ( فهو بخير النظرين )	٢١٦	نفسه عليه
٢٢٣	محمول على الغالب		والمراد بتحفلها بنفسها أن
	( التنبيه الرابع ) أن	٢١٧	يترك صاحبها حلبها أيما
	الأصحاب يعبرون عن الخلاف		( فرع ) لا خلاف في أن
	في هذه المسألة بأن الخيار		فعل التصرية بهذا القصد
	هل هو خيار شرع أو خيار		حرام لما فيها من الغش
٢٢٣	عيب	٢١٨	والخدعة
	( التنبيه الخامس ) أنه		واختلف أصحابنا في وقت
	تقدم عن الغزالي التردد في	٢١٩	الرد
٢٢٤	الحاق خيار التصرية		( الشرح ) الذي قال
	( التنبيه السادس ) أنه		بتقدير الخيار ثلاثة أيام هو
	قد تقدم عن صاحب التهذيب	٢١٩	القاضي أبو حامد المروزي
	وغيره ثبوت الخيار فيما إذا		والخيار على هذا يكون
٢٢٤	تحفلت بنفسها	٢١٩	خيار تروية كخيار الشفعة
	( التنبيه السابع ) أن		على قول وكخيار الشرط
	قول أبي إسحاق المذكور وقع		( والثاني ) وهو أنه على
٢٢٥	في نقله ما ينبغى التثبت فيه	٢١٩	الفور على أبي على
	والثالث وهو قول		ابن أبي هريرة
	ابن أبي هريرة هو - والله		واعلم أن بين الأوجه
٢٢٦	اعلم - قول أبي إسحاق	٢٢٠	الثلاثة اشتراكا واقتراقا
	أما إذا حصل العلم بقول		وتأويل ابن أبي هريرة
٢٢٦	البائع أو بنية	٢٢٠	للحديث على الاشتراط لا
			دليل عليه

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( الشرح ) رواية		ولولا تصريح بالخلاف
	أبى هريرة وابن عمر تقدم	٢٢٧	لكنك أقول أن كلامهما واحد
٢٣٤	بيانهما وأن الرواية إلى ابن عمر غير قوية		( التنبيه الثامن ) قول المصنف : ( ومنهم من قال : إذا علم بالتصريح يثبت له الخيار على الفور )
	( أما الأحكام ) فالمشترى للمصرة إما أن يختار	٢٢٧	( التنبيه التاسع ) أن اتفأ ابن أبي هريرة وأبى إسحاق على جواز الرد على الفور لا اشكال فيه
٢٣٤	امسكها وأما أن يختار ردها (قلت ) وهذا الوجه لم	٢٢٧	( التنبيه العاشر ) قول المصنف : ( إذا علم ) يحتمل أن يريد به حقيقة المسلم بقرار البائع أو بالبينة
٢٣٤	أقف عليه في النهاية ولم له اشتبه بالوجه الذي سنذكره	٢٢٨	واعلم أن الحكم بعدم الرد بعد الثلاثة وثبوته إذا اشتراها عالما بالتصريح
٢٣٥	فاذا جمعت ما قاله الجورى وصاحب التتمة مع اقتضاء كلام الاكثرين	٢٢٨	وأما إذا اشتراها وهو عالم بالتصريح
	( قلت ) ولا يلزم ذلك وليست ( لا ) متعينة في	٢٢٩	ومما يرشد الى المعنى في ذلك ما ورد في الحديث ( بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة )
٢٣٦	الاخراج	٢٢٩	مأخذ اثبات الخيار أنه خيار شرع ثابت بالحديث ( فرع ) إذا قلنا بأن الخيار يمتد الى ثلاثة أيام فهل ابتدؤها من حين العقد
	ويقتضى أن التمر ليس الواجب أصلا وأنه عند تلف اللبن الواجب رد مثله	٢٣٠	( فرع ) لو اشترط خيار الثالث للبائع في المصرة ( فرع ) لو اشترط للمشتري وحده
٢٣٧	فإن اللبن الكائن في الضرع قبل الحلب يسير لا يتمول	٢٣١	( فرع ) لو اشترط خيار الثالث للبائع في المصرة ( فرع ) لو اشترط للمشتري وحده
٢٣٨	قال ابن الرفعة : والخبر على هذا محمول على ما اقتضاه ظاهره	٢٣٢	( فرع ) إذا اشتراها وهي مصراة ولم يعلم بها ( قلت ) وليس الأمر كذلك بل له وجه ظاهر
٢٣٨	( والطريقة الثانية ) أن نقول : الواجب التمر وهل يتعين ؟	٢٣٣	فإن اختار رد المصرة رد بدل اللبن الذي أخذه
٢٤٠	( فإن قلت ) ما ذكرت أن الراعى سكت عنه مما حكاه صاحب التهذيب	٢٣٣	
٢٤٠	( قلت ) ليس كذلك لأنه ليس غالب قوت البلد		
٢٤٠	( فإن قلت ) ما 'صحيح من هذه الأوجه ؟		
٢٤١	لكن قد يتوقف في هذا التصحيح لأمرين		
٢٤١			

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( فرع ) اتفق اصحابنا		والأصح أن الاعتبار
	رحمهم الله وأكثر العلماء	٢٤٢	بزيادة الاقتيات
٢٤٩	على أنه لا يجب رد مثل اللبن		وبالجملة فمستند من لم
	القائل		يقول من الأصحاب على
	وحديث ابن أبي عدي في		كثرتهم يتعين التمر اختلاف
٢٤٩	سنده سليمان بن أرقم وهو	٢٤٢	الرواية ومجيء القمح في
	ضعيف		بعض الروايات
	( فرع ) في مذاهب العلماء		وأما الجواب عن اتفاق
	قال ابن أبي ليلى	٢٤٢	الأصحاب في زكاة الفطر
	وأبو يوسف : يرد معها قبة		هذا الكلام في جنس
٢٥٠	اللبن		الواجب وأما مقداره فغيبه
	وقال مالك في أحد قوله :	٢٤٣	وجهان
	يؤدى أهل بلد صاعا من		( أصحها ) أن الواجب
٢٥٠	أقلب عيشتهم		صاع قل اللبن أو أكثر وأن
	( الحالة الثانية ) أن		زادت قيمته عن قيمة الصاع
	يختار الرد قبل حلب اللبن	٢٤٣	أو نقصت
	وهذا إنما يكون على غير		( والثاني ) أن الواجب
	الوجه الذي نقله الشيخ		يتقدر بقدر اللبن لرواية
٢٥٠	أبو حامد		ابن عمر التي فيها ( مثل أو
	( الحالة الثالثة ) أن	٢٤٣	مثلى لبنها )
	يختار إمساكها قال الشافعي :		ولو كان الواجب يختلف
	إذا رضى بامساكها ثم وجد		باختلاف اللبن لفاوت النبي
	بها عيبا قديما غير التصرية		صلى الله عليه وسلم بين
٢٥٠	فله ردها بالعيب	٢٤٤	الأبل والغنم
	( قلت ) وكلام الشافعي في		( فرع ) هذا كله فيما إذا
	الرسالة في باب الاجتهاد		لم يرض البائع فأما إذا
	يقتضى أن رد التمر في هذه	٢٤٥	تراضيا
٢٥١	الصورة بالحديث لا بالقياس		( قلت ) وقد قال ابن المنذر
	( قلت ) وما حكاها الامام		في الاشراف : انه لا يجوز أن
	عن الشيخ أبي على مفروض	٢٤٥	يدفع مكان التمر غيره
٢٥٢	في المصراة		( فرع ) التمر الذي يجب
	( قلت ) وهذا أميل الى		رده هل يتعين نوع منه
٢٥٢	انه لا يقابل بقسط من الثمن	٢٤٦	( فرع ) الصاع الذي يجب
	مع إنكاره له		رده بدل اللبن هل ينزل منزلة
	( قلت ) وهذا الاحتمال	٢٤٨	العين الأخرى
	الذي قاله الجوري هو		( فرع ) يمكن أن يقال :
٢٥٣	القياس		إذا جعلنا القهر قائما مقام
	ولا يلزم الرضا بعيب	٢٤٨	اللبن على ما تقدم من البحث
٢٥٣	الرضا بجميع العيوب		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٦١	إذا عرف ذلك فقد نقل الرافعى عن الامام أنه يعتبر القيمة	٢٥٤	ولا وجه لمنع التخرج على تفريق الصفقة ( فرع ) إذا قلنا بأنه لا يرد تخريجا على أنه لا تفرق الصفقة فله الأرض ( فائدة ) قال الجورى : ان قال قائل : إذا كان الصاع انما يرد به بدلا للبن التصرية الذى تضمنه العقد
٢٦١	( فرع ) هو من تمة الكلام فى ذلك اشترى شاة بصاع تمر ثم اراد ردها بالتصرية فوجهان	٢٥٤	( فرع ) إذا لم يعلم بالتصرية الا بعد تلف الشاة تعين الأرض ( فائدة ) قول الغزالى المتقدم فى حكم وصف آخر لا يوجب زواله عيب الباقى بخلاف العيب الحادث
٢٦٢	( أحدهما ) وهو الأصح يردها ويرد معها صاعا ولا اعتبار بزيادة الثمن	٢٥٥	وان كان قيمة الصاع بقيمة الشاة او أكثر وغرض المسألة فيما اذا كانت قيمته قيمة الشاة او أكثر من نصف قيمتها
٢٦٢	( والوجه الثانى ) فى هذا الفرع أنه يرد بقدر نقص التصرية	٢٥٥	والوجهان فى المسألة على هذا الوجه المخصوص مشهوران فى طريقة العراقيين
٢٦٣	( فرع ) هذا الذى تقدم من اعتبار قيمة الحجاز أو المدينة	٢٥٦	وقد يكون النقصان زائدا على نصف القيمة وقد يقول المنتصر لأبى اسحاق : ان الأصل فى المصراة ضمان اللبن التالف ببذله على قياس المتلفات
٢٦٣	( فرع ) إذا أوجبنا رد الصاع التمر فيما اذا اشتراها بتمر وهو الأصح	٢٥٧	( والجواب ) عن هذا ان الشرع لم يوجب فى لبن الغنم ولبن الابل مع العلم بتفاوتهما تفاوتاً ظاهراً بدلا واحداً
٢٦٣	( فرع ) عن البندنجى أنه يفتبر قيمة الرد كرجل أقرض رجلا صاعاً من تمر بالحجاز ولقيه بخراسان	٢٥٨	( التفرع ) ان قلنا بالأصح ووجوب الصاع للاتباع فلا اشكال
٢٦٣	( فرع ) الذى يقول بإيجاب شيء من التمر فيما اذا اشترى شاة بصاع تمر وردها بالتصرية بمقتضى التوزيع	٢٥٨	
٢٦٤	( فائدة ) قول المصنف : لأنه هو الأصل أى لأن التمر هو الأصل	٢٥٩	
٢٦٤	( فرع ) رأيت فى شرح التنبيه لابن يونس أنه اذا اراد قيمة الصاع	٢٥٩	
٢٦٤	( فرع ) تقدم فى جنس الواجب رده مع المصراة سبعة أوجه	٢٥٩	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٦٩	( الثامن ) أن الأصحاب اطبقوا على حكاية الوجهين كما حكاها المصنف	٢٦٥	( فرع ) فإن كان باع الشاة المصراة بصاع من تمر فيجىء فيها بمقتضى التركيب ثمانية وعشرون وجها
٢٦٩	( التاسع ) أن هذا كله في رده على جهة التهر	٢٦٥	وإن كان ما حلب من اللبن باقيا فأراد رده ففيه وجهان
٢٧٠	( فرع ) قسم المرعى العيب الحادث عند المشتري الى قسمين	٢٦٦	( الشرح ) هذه الحالة الرابعة من أحوال رد المصراة
٢٧٠	( فرع ) إذا اشترى شاة وجز صومها ثم وجد بها عيبا	٢٦٦	وقد يقال : أنه لا يصار الى الإخبار فى المسائل المذكورة الا للضرورة
٢٧٠	وإن اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه	٢٦٦	( والوجه الثانى ) أنه يجب على البائع قبوله ويجبر عليه
٢٧٠	( أحدها ) أن يردّها ويرد معها صامعا لأنه يقصد لبنها	٢٦٦	( الثانى ) أنه إذا كان النقص الذى يستقل به العيب غير مانع على الأظهر من القولين فى تلك المسائل
٢٧٠	( والثانى ) أنه يردّها لأن لبنها يقصد لتربية الولد ولم يسلم له ذلك	٢٦٧	( فالجواب ) أن اللبن لم يظهر فيه عيب قديم يقتضى رده بخلاف الشاة
٢٧٠	( والثالث ) لا يردّها لأن الجارية لا يقصد فى العادة الا عينها	٢٦٧	( الثالث ) أنا على القول بالرد فيما نقصت قيمته بكسره
٢٧٠	( والرابع ) لا يردّها ويرجع بالأرض	٢٦٧	( الرابع ) أنا إذا قلنا للمشتري رد رد اللبن فهل له أمسكه
٢٧١	( الشرح ) الكلام فى هذا الفصل والفصل بعده يحتاج الى أصل وهو المنصوص عليه فى كلام الشافعى يتناول جميع الحيوانات	٢٦٨	( الخامس ) أن المقاتل بأن له ههنا أن يرد اللبن هل ذلك بطريق المسخ
٢٧١	( واعلم ) أن قاعدة مذهب الشافعى يدل على أن ثبوت الخيار فى المصراة جاز على القياس	٢٦٨	( السادس ) أن رد اللبن هل يكون حكمه حكم المصراة
٢٧٢	وكان ما سوى المنصوص عليه على قسمين	٢٦٨	( السابع ) قول المصنف : ( ولأنه لو لم يجز الرد ) الى آخره هو الدليل الثانى فى كلامه
٢٧٢	( قسم ) التصرية موجودة فيه فى غير الأبل والغنم		
٢٧٢	( وقسم ) فيه معنى يشبه التصريّة وأما تصرية الجارية الذى هو محل كلام المصنف هنا	٢٦٨	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٧٧	معه بدل اللبن ( والثاني ) انه يردها ولا	٢٧٤	وقد تقدم في باب الريا
٢٧٧	يرد معها شيئا ( والثالث ) انه لا يردها		أن محمد بن عبد الرحمن
٢٧٧	ويأخذ الارش ( والرابع ) انه لا يردها	٢٧٤	الحضرمي نقل عن الشافعي
	ولا شيء له لأن الامام جعل		انه لو باع أمة ذات لبن بلبن
٢٧٧	ذلك من صور الخلاف ( فرع ) قول المصنف :		أدمية جاز
	( لم يبذل الثمن الا لتسلم له	٢٧٤	( فرع ) حكم الخيل حكم
٢٧٨	الأتان مع اللبن ) ( فرع ) جزم المصنف في		الجارية
	التنبيه انه يردها الأتان ولا يردها	٢٧٥	( فرع ) من جيلة العلماء
٢٧٨	بدل اللبن اذا ابتاع ثاة بشرط أن		الثالثين بأن حكم التصرية
	تطلب كل يوم خمسة أرطال	٢٧٥	لا ينحصر في الأبل والغنم
٢٧٩	ففيه وجهان ( الشرح ) هذه المسألة		البخاري رحمه الله
	جزم الراعي فيها بعدم صحة	٢٧٥	( فرع ) حكى المصنف في
٢٧٩	البيع وقال في الروضة :		التنبيه وجهين
	يبطل البيع لانه لا ينضبط	٢٧٥	( أحدهما ) انه لا يردها
٢٨٠	وقال الروياني : لا يصح		( والثاني ) انه يردها ولا يردها
	قولا واحدا	٢٧٥	بدل اللبن
٢٨٠	واعلم أن ههنا ثلاث		وان اشترى أتاناً مصراة
	مراتب		فان قلنا بتقول الاصطخري
٢٨٠	( أحداها ) يشترط مقدار		أن لبنها طاهر ردها ورد
	أو وصف في الحمل	٢٧٥	معه بدل اللبن كالشاة
٢٨٠	( الثانية ) اشتراط أصل		( الشرح ) الأتان الأثني
	الحمل واللبن	٢٧٦	من الحبر
٢٨٠	( الثالثة ) اشتراط مقدار		اذا عرف ذلك نفى حكم
٢٨١	من اللبن ( التفرع ) اذا قلنا	٢٧٦	تصرية الأتان طرق
	بالصحة في ذلك فأخلف فله		( أحداها ) ما فكره
٢٨١	الخيار وأما مقدار المدة فيحتمل		المصنف انه اذا قلنا بطهارة
	أن يقال اذا حلبها ثلاثة أيام	٢٧٦	لبنها ردها ورد بدل اللبن
٢٨٢	واللبن على حاله		( الطريقة الثانية ) انه
	واذا ابتاع جارية قد		هل يرد أو لا يرد ؟ في
٢٨٢	جمع شعرها ثم بان انها	٢٧٦	المسألة وجهان
	سبطة		( والطريقة الثالثة ) الجزم
		٢٧٦	بردها وتخريج رد بدل اللبن
			على الخلاف
		٢٧٦	( والطريقة الرابعة ) اللبن
			بخس فلا يقابل بشيء ولكن
		٢٧٦	لا يبعد اثبات الخيار
			فتخلص من هذه الطرق
		٢٧٧	أربعة أوجه
			( أحدها ) انه يردها ويرد

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
( احداها ) أن في المسألة وجهين كالوجهين فيما اذا اشترط أنها سبطة الشعر فبانت جعدة	٢٨٦	( الشرح ) الفصل يتضمن مسائل من التفرير	٢٨٢
( والطريقة الثانية ) أنه لا يثبت الخيار في التدليس بالسبطة وجها واحدا	٢٨٦	ذكر المصنف من المرتبة الأولى أمثلة	٢٨٣
قال ابن الرقعة : ولك أن تعجب من قول الامام أن ما ذكره الصيدلاني تحكم عجا ظاهرا	٢٨٧	منها اذا اشترى جارية قد جعد شعرها ثم بان أنها سبطة اتفق الاصحاب على ثبوت الخيار قياسا على المصراة	٢٨٣
( قلت ) وهذا ضعيف لأميرين	٢٨٧	الجعودة تدل على قسوة الجسد والسبطة تدل على ضعفه وللمسألة شرطان	٢٨٣
( احدهما ) أن الصيدلاني انها علل انتفاء الخيار لضعف الظن وقصور الفعل عن القول	٢٨٧	( احدهما ) أن يكون المشتري قد رأى الشعر فلو لم يره نفى صحة العقد وجهان	٢٨٣
( الثاني ) أن القائلين من الاصحاب بأن اثبات الخيار في التصرية مأخذه اللاحق بالمعيب	٢٨٧	( احدهما ) أنه لا يصح ( والثاني ) الصحة	٢٨٣
والطريقة الصحيحة جريان الوجهين	٢٨٨	( الشرط الثاني ) أن التجعيد يكون بحيث لا يتميز عن تجعيد الخلقة	٢٨٤
( القسم الثاني من هذه المرتبة الثانية ) والخلاف في هذا القسم وقصوره على الشرط والظن المسند الى أمر غالب	٢٨٩	( وشرط ثالث ) فيه نزاع أن يكون ذلك تجعيد البائع	٢٨٤
والطريقة الصحيحة اجراء القولين في اشتراط حمل الجارية	٢٩٠	( تنبيه ) المراد بالتجعيد ما يخرج الشعر عن السبوة المكروهة عند العرب	٢٨٤
( المرتبة الثالثة ) التي لا يثبت الخيار فيها قطعا	٢٩٠	( المسألة الثانية ) اذا سود شعر الجارية ثم بان بياض شعرها	٢٨٥
فان قلنا بالصحة فوقت الخيار هنا معرفة بمقدار الصبرة	٢٩١	وكذلك اذا صبغ الحمار حتى حسن لونه أو نفخ فيه حتى صار كأنه دابة سمينة	٢٨٥
والجواب أن الاستدلال بظاهر الصبرة	٢٩٢	( المرتبة الثانية ) ما في ثبوت الخيار فيها خلاف وهو على قسمين	٢٨٦
		وقد يكون السبط اشبه الى بعض الناس ففي المسألة طريقتان	٢٨٦

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٢٩٨	ومن ملك عينا وعلم بها عينا لم يجز أن يبيعها حتى يبين عيبها	٢٩٣	( فروع ) إذا أسلم اليه في جارية جمعة فسلم اليه جمعة فلا خيار له
٢٩٩	( الشرح ) حديث عقبة ابن عامر هذا رواه ابن ماجه وأخرجه الحاكم وأما قوله : إنه على شرط الشيخين ففيه نظر لأن في روايته يحيى بن أيوب الفاسقي وشيخ شيخه عبد الرحمن بن شماسه وهما من أفراد مسلم	٢٩٣	( فرع ) غير المصراة اذا حلب لبنها ثم ردها بعيب ( قال ) : اذا رد أسرد شيئا لأجل اللبن
٢٩٩	وقد ذكر البخاري هذا الحديث من كلام عقبة وأعلم أن في لفظ الحديث في رواية كل من ابن ماجه والحاكم مخالفة يسيرة في اللفظ لما ذكره المصنف	٢٩٣	( قلت ) : لا ، هكذا نقل الشيخ أبو حامد هذه المناظرة
٢٩٩	وليس في شيء من الروايتين التقييد بالعلم وحديث واثلة بن الأسقع أخرجه الحاكم في المستدرك وأما أبو سباع فشامي تابعي لم أعلم من حاله غير ذلك	٢٩٤	وقال الماوردي : ان له الرد وعليه رد بدل اللبن
٣٠١	ويحيى بن بكر مات سنة خمس وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وتسعين يكنى أبا الأسقع	٢٩٤	وإذا ضمنت ما ذكره الرافعي والماوردي الى ما اختاره هو لاجتماع في المسألة خمس طرق
٣٠١	ومن فضائله أنه منبها نزلت ( إنما يريد الله ليذهب ) الآية . قال : وأنا من أهلك ؟ فقال : وأنت من أهلى	٢٩٥	( أحدها ) امتناع الرد ( والثاني ) الرد فلا يرد بدل اللبن شيئا
٣٠٢	حديث العداء بن خالد ذكره البخاري تعليقا بقوله : ويذكر عن العداء بن خالد وقال قتادة : الفائلة : الزنا والسرقة والاباق	٢٩٥	( الطريق الثالث ) أنه يردها ويرد معها صاعا من تمر
		٢٩٥	( الرابع ) قول الماوردي : أنه يرد بدل اللبن ولا يرد الصاع
		٢٩٥	( تنبيه ) أعلم أن كل من قال بالرد ورد شيء بدل اللبن وأما قول صاحب التهذيب أنه يردها وصاعا من تمر مطلقا في القسمين ففيه بعد وأعلم أن إطلاق النص يقتضى أيضا مخالفة قول الأكثرين
		٢٩٦	( فرع ) اذا كانت الشاة غير مصراة
		٢٩٨	( فرع ) الكلام الى هنا في بيع المصراة

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٠٨	فان قلت : قد تقدم أن البائع اذا لم يبين العيب حرام ( المرتبة الأولى ) وهي أعلاها ما كان منهيا عنه	٣٠٣	وعن عمر بن سعيد عن ميه الحارث بن سويد النخعي وعن أبي الحمراء رضى الله عنه الحديث
٣٠٩	لمعنى فيه كبيع الملامسة ( المرتبة الثانية ) ما كان منهيا لا لمعنى فيه من حيث هو ( المرتبة الثالثة ) وهي أدناها ما لم ينفه عنه أصلا	٣٠٣	( أما الأحكام ) فقد تضمن الفصل ثلاث مسائل
٣٠٩	لكن به يتحقق ما هو منهى عنه والظاهرة في المصراة ونحوها يجعلون ذلك خارجا بالنص	٣٠٤	وفي عبارة المصنف والأصحاب والفاظ الحديث تنبيه على أنه لا يكفى البائع ويجعل تحريم الكتمان
٣٠٩	بالنص	٣٠٥	خاصا بما اذا كان المشتري مسلما ويوافقه ما تقدم في الحديث ( بيع المسلم المسلم )
٣١٠	( فرع ) نقل الماوردي قبل باب : لا يبيع حاضر لباد عن ابن أبي هريرة : في ثمن الدليل حرام	٣٠٥	يجوز خطبة المسلم على خطبة الذمى ويجوز السوم على السوم في مذهب ابن حنبل
٣١٠	( فرع ) هذا كله في مسألة الكتاب اذا باع من غير شرط ولكنه كان عالما بالعيب	٣٠٦	وأما كتمان العيب ففيه ضرر بين وأخذ المال الذى بذله المشتري على ظن السلامة
٣١١	فان لم يعلم بالعيب واشتراه ثم علم بالعيب فهو بالخيار بين أن يمسك وبين أن يرد	٣٠٦	( المسألة الثانية ) أنه ان علم غير المالك بالعيب أن يبين ذلك لمن يشتريه وللإطلاع على العيب ثلاثة أحوال
٣١١	( فرع ) فلو كان المشتري قد علم به ولكن لم يعلم أنه عيب بوكس الثمن	٣٠٧	( أحدها ) أن يعلم أن البائع أعلم المشتري بذلك فلا يجب عليه الإعلام
٣١١	( الحالة الثانية ) اذا لم يعلم العيب وهي منطوق مسألة الكتاب	٣٠٧	( الحالة الثانية ) أن يظن أو يتوهم أن البائع لم يعلمه فيجب عليه لإطلاق الحديث ( فرع ) قال الامام الضابط
٣١٢	وأما الإجماع فانه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب على الجلة	٣٠٧	فيما يحرم من ذلك أن من علم شيئا يثبت الخيار فأخفاه أو لم يوضح
٣١٢	وادمى القاضى أبو الطيب إجماع المسلمين على التسوية بين الفاش الخائن وغيره	٣٠٧	( المسألة الثالثة ) ان باع ولم يبين العيب صح البيع مع المعصية
٣١٢	فان ابتاع شيئا ولا عيب فيه ثم حدث به عيب	٣٠٨	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣١٧	تلف المبيع في يد المشتري في مدة الخيار فيه طرق ( أحدها ) أوردها النزالي وارتضاها الإمام واقتضى إيراد الرافعي رجبها	٣١٤	الكلام في العيب الحادث قسمه المصنف الى ثلاثة أقسام ( القسم الأول ) الحادث قبل القبض فحكمه حكم المقارن للعقد
٣١٧	( الطريقة الثانية ) القطع بعدم الانقضاء ( الطريقة الثالثة ) الا اذا قلنا : الملك للبائع وحصل امضاء البائع ضمنه المشتري بالقبية	٣١٥	وأما من يقول من العلماء بأن المبيع قبل القبض من ضمان المشتري وبه يقول أبو ثور مطلقا ومالك في المبيع جزافا ومذهب أبي حنيفة في تلف المبيع قبل القبض كذهبا
٣١٧	( الطريقة الرابعة ) طريقة الماوردي أن كان التلف في خيار المجلس انفسخ على الأقوال كلها	٣١٥	المبيع قبل القبض كذهبا ككون العيب الحادث قبل القبض كالعيب المقارن للعقد هو المشهور
٣١٧	( الطريقة الخامسة ) ما دل عليه كلام أبي الطيب أنه ان كان الخيار لهما أو للبائع وحده انفسخ قولا واحدا	٣١٥	وراء ذلك إمران غريبان ( أحدهما ) أن اللانقي قال في الرهن الكبير : ولو بيع العبد الموهون ولم يتفرق البائع والمشتري حتى جنى ولو جنى ثم بيع لمعلم
٣١٨	وقد رأيت أنا في الجزء الخامس عشر أيضا أنه اذا باع العبد بالخيار ثلاثا أو أقل وقبله فمات في يد المشتري فهو ضامن لقبته	٣١٥	المشتري قبل التفرق ولو بيع وتفرق المتبايعان أو أخبر أحدهما صاحبه بعد البيع فاخترار امضاء البيع قال ابن الرفعة : وهذا اذا لم يحمل على ما بعد القبض
٣١٩	فحبث نقول بالانقضاء اما على أن الملك للبائع أو مطلقا	٣١٥	( الأمر الثاني ) في مختصر أبي يعقوب البويهلي اذا كان البائع الذي جنى عليه في النفس والمبيع منفسخ ( فرع ) اذا وجد العيب قبل القبض ولكن بسبب تقدم رضى به المشتري ( القسم الثاني ) اذا حدث العيب بعد القبض ولم يستند الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد
٣١٩	( فرع ) لا فرق بين يد المشتري ويد نائبه ولو كانت يد البائع كما لو قبض المبيع ( فرع ) هذا الذي تقدم من أن العيب الحادث بعد القبض الذي لا يستند الى سبب قبله	٣١٦	المبيع بعد القبض ولم يستند الى سبب قبل القبض فانه لا يثبت به الرد
٣٢٠	انما تخفى بعينه الثلاث لاجل حصى الربع فانها لا تظهر في أقل من ثلاثة أيام		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٢٦	ثم اعلم أن ما قاله هؤلاء الأنية يقضى أن الرضا بالعيب لا يبطل أثره بالكلية ( فان قلت : ) جعله من ضمان البائع بوجب مساواته لما وجد قبل القبض ( قلت : ) لو جعلنا ما بعد القبض كما قبل القبض في ذلك لوجب أن يبطل العقد بالقتل بعد القبض ( فرع ) زوال البكارة في المسألة المذكورة لا شك في أنه عيب ( فرع ) إذا اشترى جارية حاملًا ورضى بحملها ثم وضعت في بده ونقصت بسبب الوضع ( تنبيه ) حزم المصنف بالتسمية بين تطوع اليد بالسرقة وبالقصاص ( تنبيه آخر ) نظير الأصحاب الخلاف في هذه المسائل بالغولين فيما إذا علق في حال الصحة بصفة ( تنبيه آخر ) كثير من الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والقاضي حسين والرافعي ذكروا مسألة القطم ( فرع ) إذا رضى بالتطوع واطلع على عيب آخر فنه الرد ( فرع ) إذا كان عليه حد بالمساواة فاستوفى بعد القبض ( فرع ) عبد عليل به أثر السفر فاشتراه فزاد مرضه فليس له الرد لأنه غرر بنفسه وما غرره البائع	٣٢١	الحسن لم يسمع من عقبة شيئا ولا يسمع من سمره إلا حديث المقيقة عند أكثر الحفاظ ( قلت ) وقد حفظت من طريق ابن أبي شيبة وفيه عنينة فتادة عن الحسن وهو مدلس وذكروا أن عمر وابن الزبير سئلا عن المهددة فقالا : لا نجد أمثلا من حديث حبان ابن منقذ كان حبان يخدع في البيوع فجعل له النبي ﷺ الخبر ثلاثا قال الشافعي : والخبر في حبان خاص وما ذكروه عن علي لا ينافيه ( القسم الثالث ) العيب الحادث بعد القبض إذا أسند إلى ما قبل القبض كما مثل به المصنف وفي جهل المشتري بالسرقة حتى قطعت يد العبد وجهان ( أحدهما ) أن له أن يرد ويسترجع جميع الثمن ( والثاني ) أنه من ضمان المشتري وليس له الرد ، ولكن يرجع على البائع بالأثر ( فرع ) عن أبي حنيفة أنه إذا تعلق في يد المشتري يرجع بنصف الثمن وأن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له وأن تعذر ردها بسبب من الأسباب على قولنا : أنه من ضمان البائع
٣٢٧	٣٢٧	٣٢٢	٣٢٢
٣٢٨	٣٢٨	٣٢٣	٣٢٣
٣٢٩	٣٢٩	٣٢٤	٣٢٤
٣٢٩	٣٢٩	٣٢٥	٣٢٥

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	قال البفروى		( فرع ) إذا وجدت إزالة
	وابن أبى عمرو : أنه في		البكارة من الزوج أو قطع
٣٣٥	الليل لا يلزمه تعجيل	٣٢٩	اليد قبل القبض
	الفسخ		( فرع ) عن أبى حنيفة
	( فرع ) وأما الذى لا يكون	٣٣٠	أنه إذا قطع في يد المشتري
٣٣٦	عذرا فكثير		إذا وجد المشتري بالمبيع
	( فرع ) لو اطلع على عيب		عيبا لم يخل أما أن يكون
٣٣٦	قبل القبض تلزمه المبادرة	٣٣٠	المبيع باقيا
	على الفور		( الشرح ) للمبيع المعيب
	( فرع ) فيه تحقيق الكلام	٣٣٠	خسة أحوال
	في الفور وكيفية الرد وحال		( أما الأحكام ) فإذا كان
٣٣٦	العيب		المبيع الذى ظهر به العيب
	وقال الغزالي في التبسيط :		باقيا بحاله فقد تقدم أنه
	ان نهض الى البائع كما اطلع	٣٣١	يخير بين امساكه ورده
٣٣٧	لم يكن مقصرا		ومن يعد أقوال أبى ثور
	معلوم أن الغائب عن البلد		وجوها يلزمه أن يجعل هذا
٣٣٨	لا يمكن اشهاد	٣٣١	وجها من المذهب
	وأن كان غائبا عن البلد	٣٣١	للرد على الفور دليلان
٣٣٨	دفع الأمر الى مجلس الحكم	٣٣١	( الأول ) أن الأصل في
	أن الامام ذكر في الشفعة		البيع لزوم
	أن الشفع لو ابتدر مجلس	٣٣١	( الثاني ) ما ذكره المصنف
٣٣٩	الحكم فهو مطالبة المشتري		رحمه الله من أن القياس على
	( قلت ) والصحيح كما	٣٣١	خيار الشفعة
	تقدم عن الراعى أنه يلزمه		وبعد أن كتبت هذا رأيت
٣٤٠	الاشهاد على نفس الرد		هذا المعنى بعينه لأبى محمد
	قلت : ما حكى الهروى عن	٣٣٢	عبد الله بن يحيى الصنعبي
	الشيخ أبى حامد أن الرفع		في كلامه
	الى القاضي وأطلب منه		وقد خطر في الجواب عن
٣٤١	حضور المشتري	٣٣٣	ذلك والاعتذار من المصنف
	قلت : وملخص ذلك أنه		قلت : فعمل المصنف اطلع
	ان حضر البائع مجلس		على هذا النص القائل بأن
٣٤٣	الاطلاع رد حزم	٣٣٣	الشفعة لا تبطل بالعفو
	( الثانية ) أن بحضور		( فرع ) إذا ادعى البائع
	البائع مجلس الاطلاع		أن المشتري أخر الرد بعد
٣٤٢	فلا يتعذر في التأخير لا مكان	٣٣٤	العلم
	الاثبات بهم		( فرع ) اطلق المصنف ان
	( الثالثة ) حضور الشهود		التأخير من غير عذر يسقط
٣٤٢	مجلس الاطلاع فلا يتعذر	٣٣٤	الخيار
	في التأخير		

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٤٦	إذا كان غائبا من البلد يرفع الأمر الى مجلس الحكم ( قلت : ) والجزم بذلك هو الظاهر ( فرع ) تقدم من كلام الرافعي أنه مخير بين البائع والحاكم	٣٤٢	وأين الرابعة ؟ ( الخامسة ) أن يكون الموجود في البلد واحدا منهما ( السادسة ) إذا لم يكن واحد منهما في البلد تعين الاشهاد
٣٤٧	( فرع ) وروى ابن سيرين قال : ابتاع عبد الرحمن ابن عوف جارية فقيل له : أن لها زوجا ( فرع ) محل الذي تقدم من وجوب الفور في شراء الأعيان	٣٤٣	( السابعة ) إذا كان الشهود في البلد وتيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٧	فإن كان المبيع دابة فمساقها ليردها فركبها في الطريق ( الشرح ) الانتفاع بالمبيع قبل العظم بالعيب أن لزم منه تأخير أو دفع في زمن لو سكت فيه أبطل خياره واختلوا فيما إذا كان يسيرا جرت العادة بمثله في غير ملكه	٣٤٣	( الثامنة ) إذا كان الشهود في البلد ولا تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٤٩	ولو ركب دابة فاطلع على عيبها لم يجز استدامة الركوب	٣٤٣	( التاسعة ) إذا كان الشهود في البلد تيسر الاجتماع بهم قبل البائع أو الحاكم
٣٥٠	قال الرافعي : ويعذر بترك العذار واللجام ونقل عن صاحب التتمة جواز الاستخدام ورد عليه وبالجمله فالمعول عليه في ذلك كما قاله الامام والغزالي العرف	٣٤٣	( العاشرة ) إذا لم يكن في البلد شيء من الثلاثة فهل يجب أن يلفظ بالفسخ ؟ ( فرع ) إذا رفع الأمر الى الحاكم عند غيبة الخصم فكيف يدعى ؟
٣٥١	وأما مسألة الحلب فكذاك جزموا بها ( فرع ) إذا كان في رد المبيع مؤنة فالمؤنة على المشتري	٣٤٣	( فرع ) فأما إذا رفع الى التقاضى في حال حضور الخصم ( فرع ) الخصم الذي يرد عليه على وجه التعيين أو التخير بينه وبين الحاكم
٣٥١		٣٤٤	ولو فرض الرد بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانيا
٣٥١		٣٤٥	وأما قول ابن الرقعة : على كل حال له الرد على الموكل يومه أن ذلك بلا خلاف ( فرع ) الاشهاد الواجب أطلقه الرافعي وغيره ( فرع ) تقدم أن الخصم

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٥٧	( الخامس ) قال أبو علي الفارقي في هذا : أنا قصدنا بالوطء الفسخ ولا يجب عليه المهر	٣٥٣	( منها ) إذا فسخ البيع بالمعيب أو بخيار الشرط أو أفلاس بمؤنة الرد على المشتري
٣٥٨	فإن زال العيب قبل الرد ففيه وجهان بناء على القولين في الأمانة	٣٥٣	( فرع ) اشترى عبدا فوجد به عيبا مقصده وقال : ظننت زوال عيبه به بطل حقه من الرد
٣٥٨	( الشرح ) الوجهان مشهوران حكاهما جماعة من الأصحاب	٣٥٤	وله أن يرد بغير رضا البائع في غيابه وفي حضوره ولا يفتقر إليه
٣٥٨	وقبل الرد سقط حقه من الرد وهما طريقتان	٣٥٥	وأعلم أن قول المصنف : جعل إليه ظاهر فيها قبل القبض
٣٥٨	( أحدهما ) حكاية الوجهين بناء على القولين ( والثانية ) القطع بسقوط الخيار	٣٥٥	فإن اشترى ثوبا بجارية فوجد بالثوب عيبا فوطئ الجارية ففيه وجهان
٣٥٩	والأصح في المسائل الثلاث السقوط ، ومسألة الشفعة وخيار الأمانة من واد آخر	٣٥٦	( أحدهما ) نعم كالوطء في زمان الخيار فإنه إذا صدر من البائع والخيار له أولهما كان فسخا على الصحيح
٣٥٩	( فرع ) اشترى جارية سميئة فهزلت قبل القبض ثم سمفت فردها	٣٥٦	( والوجه الثاني ) لا يفسخ بالوطء
٣٥٩	( فرع ) لو زال العيب القديم قبل العلم به ولكن حدث عيب مانع من الرد	٣٥٦	وههنا أمور
٣٦٠	وإن قال البائع : أنا أزيل العيب مثل أن يبيع أرضا فيها حجارة مدفونة	٣٥٦	( أحدهما ) أن هذا إنما يحتاج إليه إذا قلنا بالملك في زمن الخيار
٣٦١	وبعد أن كتبت ذلك رأيت ابن معن أورده على المصنف وزعم أنه تناقض	٣٥٦	( الثاني ) ما الأصح من هذين الوجهين فاعلم أن الشافعي رحمه الله القائل بأن الأثبته أن من كان الخيار له فالملك له
٣٦٢	وإن قال البائع : أمسك المبيع وأنا أعطيك أرض العيب لم يجبر المشتري على قبوله	٣٥٧	( الثالث ) قول المصنف : الملك قد استقر للمشتري
٣٦٢	فإن تراخيا على دفع الأرض لاسقاط الخيار ففيه وجهان	٣٥٧	( الرابع ) أن الوطء حرام على المذهب وإن قلنا يحصل به الفسخ

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٣٦٦	وان يجوزنا تفريق الصفقة لأجل الضرر وقولا بالجواز	٣٦٢	( أحدها ) يجوز لأن خيار الرد يجوز أن يستقطها
٣٧٠	والمشكل طريقة الماوردي فانه قطع بالجواز اذا رضى		وقال أبو اسحاق : ثلاث مسائل أخالف فيها أصحابي
٣٧١	( فرع ) قال أبو حنيفة بالجواز فيما بعد القبض	٣٦٣	حد القذف وحق الشفاعة ومقاعد الأسواق
٣٧٢	( قلت ) وهذا ليس بصريح لأن نص الشافعي		( التفريع ) وهو مذكور في الكتاب أن قلنا بالصحيح
٣٧٣	تقدم في الكل والموزون والمراد بالتلف اما حسبا	٣٦٤	وهو أنه لا يجوز فتراضيا على ذلك
٣٧٤	واما شرعا والوجه الثاني أنه يضم	٣٦٤	( فائدة ) الأرض في اللغة أصله الهرش أبدلت الهاء
٣٧٤	قيمة التالف الى الباقي ولم أر ذلك في تعليقة		وأرشد الجراحة ديتهما ( فرع ) لنا صورة يرضى
٣٧٤	القاضي أبي الطيب قال الربيع : وله قول آخر		المشتري فيها بالعيب وان أراد أن يرد بعضه لم يجز
٣٧٥	اذا اشترى شيئين في صفقة واحدة	٣٦٤	لأن على البائع ضررا في تبعض الصفقة عليه
٣٧٥	فهذا الكلام في مختصر البويطي قولين	٣٦٥	( الشرح ) هذه ثلاث مسائل
٣٧٥	( أحدهما ) يضم قيمة التالف الى الباقي ويردها	٣٦٥	فان قلنا بجواز الرد فذاك ويسترجع قسطه من الثمن
٣٧٥	( والثاني ) يمتنع الرد ويرجع بالأرض وهما هذان	٣٦٥	وكلام المصنف يقتضي أنه اذا رضى البائع جاز
٣٧٥	القولان وقد تأملت نصه في اختلاف	٣٦٦	أما المثلى فالحنطة ونحوها
٣٧٥	العراقيين فلم أجده صريحا في الرد واسترجاع القسط	٣٦٧	( فرع ) لو مات المشتري في هذه الصورة وخلف وارثين
٣٧٦	( قلت ) وهذا هو معنى ما في البويطي وليس فيه	٣٦٧	فهل لأحدهما رد نصيبه ؟ فيه ثلاثة أوجه ( أحدها )
٣٧٦	زيادة عليه وأبدي ابن الرقعة فيما	٣٦٧	ليس له الانفراد لاتحاد الصفقة
٣٧٦	حكى عن اختلاف العراقيين نظرا من وجهين	٣٦٨	( والثاني ) يجوز أن ينفرد برد نصيبه لأنه جمع ماله
٣٧٦	( أحدهما ) انا نفرع على منع التفريق فالنص مصرح	٣٦٨	( والثالث ) أن البائع مخير بين أن يأخذ نصف المبيع
٣٧٦	بانتفريق ( والوجه الثاني ) من	٣٦٨	ويعطى الثمن ( المسألة الثانية ) اذا
	اعتراض ابن الرقعة على		اشترى عينين من رجل واحد صفقة واحدة ولها صور

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وقال القاضي حسين :		أبى الطيب أن اختلاف
	الأولى أن يفرض الكلام فيها	٣٧٦	العراقيين قيل : أنه من القديم
	أو مات أحد المشتريين والبائع		( فرع ) إذا ظهر العيب
٣٨١	وارثه		بالتالف فقط لم يرد الباقي
	والمعتمد من الجواب أن	٣٧٧	قطعا ويرجع بأرث التالف
	الصفقة وأن كانت واحدة		( فرع ) لو ظهر العيب
٣٨٢	لكن لا يجوز لأحدهما أن يرد		بأحدهما أو بهما بعد بيع
	التفريع على هذين القولين		أحدهما فقد جمع الرافعي
	أن جوزنا الانفراد فانفرد	٣٧٧	بين ذلك وبين ما إذا كان
٣٨٢	أحدهما فمتبطل الشركة بينهما		أحدهما تالفا
	وأن منعنا الانفراد فذاك		( فرع ) استثنى صاحب
	فيها ينقص بالتبعض أما		التلخيص من وجوب الأرض
	بما لا ينقص كالحبوب ففيه		على القول بمنع الأفراد
	وجهان مبنيان على أن المانع	٣٧٨	مسألة واحدة
٣٨٣	ضرر		( قلت ) لعل مراده أن
	( قلت : ) أما البناء على		كان المبيع صحيحا من عيب
	أن القسمة افراز أم بيع	٣٧٨	حادث
٣٨٤	فمتجه متعين		( فرع ) بما ذكرناه يتبين
	( منها ) إذا تعدد البائع	٣٧٨	أن الخلاف في الجميع
	كما لو اشترى واحدا عينا من		( فرع ) حكم نقص أحدهما
	رجلين فله رد نصف المبيع	٣٧٨	حكم تلفه وعتقه وبيعه
٣٨٥	على أحد البائعين		( فائدة ) أكثر الأصحاب
	( ومنها ) إذا تعدد		يطلقون توزيع الثمن على
	العاقدان بأن اشترى رجل	٣٧٨	العبدین باعتبار قيمتهما
٣٨٥	عينا من رجلين		( منها ) في الشفعة حيث
	( ومنها ) إذا تعدد المعقود	٣٧٩	ياخذ الشخص بقسطه
	عليه والعاقد معا بأن		( ومنها ) في المراجعة إذا
	اشترى رجلان عبيدين من		وزع الثمن فيجبر بما يخصه
	رجلين فلكل واحد منهما رد	٣٧٩	من الثمن
٣٨٥	الربع من العبدین		( ومنها ) في تفريق الصفقة
	( ومنها ) إذا كان أحد		في الدوام إذا تلف أحد
	العبدین لهذا والآخر لذاك	٣٧٩	المبيعين قبل القبض
	وجمعا بينهما في الصفقة		( فرع ) لا خلاف أنه لو
٣٨٦	وجوزناه		ظهر العيب بالتالف وحده
	( ومنها ) إذا اثنان عبيدين	٣٧٩	فليس له الرد
	من واحد فحكمهما ظاهر فيها		( المسألة الثالثة من مسائل
٣٨٦	تقدم أن لها رد العبدین		الكتاب ) إذا اشترى اثنان
	( فرع ) جملة المسائل	٣٨٠	من واحد عينا
	المذكورة ترجع الى ثمانية		( والقول الثاني ) ويحكى
٣٨٦	أقسام	٣٨٠	عن رواية أبى ثور عن القديم

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( منها ) لو اشترى وكيل لرجل شيئا فخرج معييا فليس لأحد الوكيلين أفراد نصيبه	٣٨٧	( فرع ) لو اشترى شيئا واحدا في صفقتين نصفه بصفقة ونصفه بصفقة
٣٨٩	بالرد ( ومنها ) لو وكل رجلا ببيع عبد لهما أو وكل أحد الشريكين صاحبه فباع الكل ثم خرج معييا هل الأصح لا يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما ؟	٣٨٧	( فرع ) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه أو كان من كل واحد وكيل واحد
٣٨٩		٣٨٧	والثاني الاعتبار بالمعقود له
٣٩٠	( ومنها ) لو وكل رجلين في بيع عبده فباعه لرجل ( ومنها ) لو وكل رجلا رجلا في شراء عبد أو وكل رجلا في شراء عبد له ولنفسه	٣٨٧	( فرع ) هذا كله إذا تولى كل واحد منهما العقد بنفسه وهل الاعتبار في تعدد العقد واتحاده بالعائد أو المعقود له
٣٩٠	( فرع ) نقل ابن الرفعة هذا الفرع المتقدم لو كان المشتري واحدا لنفسه ولوكله .	٣٨٧	( أصحها ) عند الأكثرين الاعتبار بالعائد
٣٩٠	( قلت ) : وذلك مخالف لما ذكر أنه لا يصح هنا ( ومنها ) لو وكل رجلا رجلا في بيع عبد	٣٨٧	( والثاني ) الاعتبار بالمعقود له وهو الموكل
٣٩١	( ومنها ) ولم يذكره الرافعي : لو وكل الواحد رجلين في الشراء دون البيع ( فرع ) إذا صدر العقد بالوكالة فذلك على ستة عشر قسما	٣٨٧	( والثالث ) الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له وفي الشراء بالعائد
٣٩٢	( فرع ) فأما إذا جرى العقد بوكالة من أحد الطرفين فقط فسقة عشر مسألة	٣٨٧	( والرابع ) قال في التتمة : الاعتبار في جانب الشراء بالموكل وفي البيع بهما جميعا
٣٩٢		٣٨٧	( والخامس ) إذا كان الوكيل من جهة المشتري فالمبرة بالموكل وإن كان من جهة البائع فالمبرة بالعائد
٣٩٢	( فرع ) هذا كله إذا جرى العقد بصيغة واحدة فلو جرى بصيغتين فلكل منهما حكمها	٣٨٨	وقال القفال : إن كان البائع يعلم أنه وكيل رجلين فلاحدتهما أن يرد نصيبه
٣٩٣	فإن مات من له الخيار انتقل إلى وارثه لأنه حق لازم يختص بالمبيع	٣٨٨	قال الشافعي : إن كان البائع يعلم بأنه مشتريه لنفسه ولشريكه وأن الرهن مشترك بينهما فلا خيار له
٣٩٣		٣٨٩	( فروع ) على هذا الأصل :

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وان كانت زيادة منفصلة		( قاعدة ) الحقوق في
٣٩٨	كأنساب العبد فله أن يرد ويسك الكسب	٣٩٣	المهذب ( منها ) ما يورث قطعا ( ومنها ) ما لا يورث قطعا ( ومنها ) ما فيه خلاف
٣٩٩	وعن مخلد ابتعت عبدا فاستفليته ثم ظهرت منه على عيب فخاصته فيه الى عمر ابن عبد العزيز فرده	٣٩٣	وجملة ما يحضرني من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة وخيار الفلس ( فرع ) لو قطع ابن المشتري يد العبد المبيع قبل القبض ثم مات المشتري قبل التمكن من الاختيار هل للقاطع حق الخيار بحق الارث
٤٠٠	وسئل أبو حاتم عنه فقال : لم يرو عنه غير ابن أبي ذؤيب قال الشيخ أبو حامد : ومنه خراج السواد لأن الفلاحين كانوا يعطون شيئا من الغلة عن الأرض	٣٩٤	فان كان له وارثان فاختر أحدهما أن يرد نصيبه دون الآخر لم يجز لأنه تبعض صفقة في الرد
٤٠١	والشيخ أبو حامد اعترف عن هذا بأنه لم يقل : الخراج بالضمين مطلقا ( قلت ) قسم بعض أصحابنا الحاصل للمشتري من المبيع اما أن يكون غير متولد من العين أو متولدا منها	٣٩٤	وأما الرافعي فانه قال تبعا لصاحب التهذيب في مسألة الاثنين
٤٠٢	وعن الرافعي في تلف المبيع قبل القبض أن الموهوب والموصى به والكسب على الخلاف	٣٩٦	وأما الرضا فانه قدم فيه خلافا عن الامام مبنيًا على أنه لو اشترى نصيب صاحبه
٤٠٢	( فائدة اخرى ) الموجود في النسخ في لفظ الحديث قد استعمل غلامين بالغين المعجمة واللام المشددة	٣٩٦	وأما قوله : ان الاصح وجوب اذا لم يحصل الرضا فهو فيه موافق لصاحب التهذيب
٤٠٣	وان كان المبيع بهيمة فحملت عنده وولدت أو شجرة فأنثرت رد الأصل وأمسك الولد	٣٩٦	( فرع ) اذا أوجبنا الأرض للممنوع من الرد فهل هو أرض النصف
٤٠٣	ومعتد المخالفين أموان ( أحدهما ) أن الفسخ رفع للعقد من أصله	٣٩٧	وان وجد العيب وقد زاد المبيع نظرت فان كانت الزيادة لا تتميز كالسمن
٤٠٤	( والثاني ) أنه يرفعه من أصله مطلقا تخريجا من القول	٣٩٧	( الشرح ) الزيادة التي لا تتميز كالسمن وتعلم العبد الحرفة والقرآن وكبر الشجر وكثرة أغصانها تابعة
٤٠٤	بوجوب مهر المثل	٣٩٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( السابع ) أن الخلاف المذكور في رفع العقد من أصله أو من حينه هل هو خاص بالرد بالعيب	٤٠٥	( قلت ) : وهذا جوابه ما قدمه هو من التسوية بين ما قبل القبض وما قبل العقد
٤١٢	( والثامن ) أن الطريقة المشهورة هنا الجزم بعدم جريان الخلاف فيما بعد القبض	٤٠٥	إذا ثبت هذا الأصل فنحن نقول بأنه يرفع العقد من حينه
٤١٣	( التاسع ) الزيادات التي وقع الكلام فيها مشروطة بأمر	٤٠٦	( الأمر الثاني ) أن الزيادة الحاصلة بعد البيع مبيعة تبعاً لأنه لا سبب للملك فيها
٤١٤	( أحدها ) ألا يكون حصل بسببها نقص	٤٠٧	وقد تكلم الأصحاب في ولد المرهونة وهما تشبيهات ( أحدها ) أن الذين قالوا من أصحابنا أن الرد يرفع العقد من أصله لم نعلم أحداً منهم يقول بامتناع الرد
٤١٤	( الثاني ) أن تكون حادثة بعد العقد ولزومه	٤٠٧	( الثاني ) أن مقتضى القول رفع العقد من أصله وإن كان بعد العقد يرد الزوائد ( الثالث ) أن كلام المصنف جازم بعدم رد الولد والثرثرة من غير تفصيل
٤١٤	( والثالثة ) أن تكون انفصلت قبل الرد كالولد والصوف المجزور واللبن المطلوب	٤٠٨	( الخامس ) في عبارة كثير من الفقهاء ومنهم الرافعي أن الفسخ يرفع العقد من حينه
٤١٤	ولو صح النظر إلى المقابلة بالتسوط لزم أن لا يتعدى الرجوع في الفسخ إلى الثرة وأعلم أن الحمل يندرج في المعارضة قولاً واحداً	٤٠٨	٤٠٨
٤١٦	أما أن نقول : أن عهد المعاوضة لا يستتبع الحمل لفوته وفسخه لذلك	٤٠٩	ويعرض هنا بحثان ( أحدهما ) هل الرفع من حينه والقطع بمعنى واحد ( والثاني ) أن الرفع من أصله هل معناه تبين عدم العقد أو الملك أم لا
٤١٧	وأما أن نقول : بأن الحمل يتبع المواضع كلها لكونه جزءاً أو لا	٤٠٩	وأما الثاني وهو أن الفسخ من الأصل هل معناه تبين عدم الملك
٤١٧	وأما الصوف واللبن فالأقرب أنهما كالحمل فيندرجان	٤٠٩	وأما الحنفية فمنعدهم الاكتساب والصيد لا يملك ( السادس ) أن مقتضى قوله الخراج بالضمان تبعية الخراج للضمان
٤١٧	( فرع ) من تنمة الكلام في الحمل جزم الجوزي بأن الحمل يكون للبائع إذا رد عليه بالعيب	٤١١	
٤١٨	( فروع ) لو اشترها وعليها صوف وفي ضرعها لبن فطال الصوف وكثر اللبن ثم ردها بعيب قبل الجز والطلب	٤١١	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٤٢٤	الفرق بين الرد بالعيب وبين البيع في الرهن ولو وجد مشترى العبد به عيبا فطريقان	٤١٩	وأما مسألة اللبن إذا كان منه شيء موجود عند العقد فبليتقت على أنه هل يرد الثمن في غير المصراة
٤٢٥	( أحدهما ) القطع بالجواز ( والثاني ) على الوجهين ولو تقابلا حيث لا عيب ( التفرع ) : أن قلنا بجواز الرد كما قال المصنف فذاك	٤٢٠	( فرع آخر ) إذا قلنا الزيادة تسلم للمشتري كما جزم به المصنف رحمه الله فليس للبائع حبس ما حدث في يده
٤٢٦	فإن اشتراها وهي حلال فولدت عنده — فإن قلنا : أن الحمل له حكم — رد الجميع	٤٢٠	وإن قلنا بأنها ترجع بالفسخ إلى البائع قال : الغزالي : له حبسها إلى استيفاء الثمن
٤٢٦	( الشرح ) هذا بناء صحيح اتفق عليه الأصحاب والصحيح أن له حكما	٤٢٠	قال ابن الرفعة : ولعل الغزالي رحمه الله قال : له حبسها لا للثمن
٤٢٧	( فرع ) أطلق الرافعي رحمه الله اشتراط عدم النقص بالولادة ولم يفرق وإن كان المبيع جارية ثيبا فوطئها ثم علم بالعيب فله أن يرد	٤٢٠	( فرع آخر ) عن المزني في مسائله المنشورة
٤٢٨	يردها	٤٢١	وإن كان المبيع جارية فحبلت عنده وولدت ثم علم بالعيب
٤٢٩	( الشرح ) هذه مسألة مشهورة اختلف العلماء فيها على ثمانية مذاهب	٤٢١	( الشرح ) إذا كانت الجارية حاملا عند البيع ثم ولدت عند المشتري
٤٢٩	( أحدها ) أن يرد كما ذكره المصنف ولا يرد معها شيئا وهو مذهبنا الذي نص عليه الشافعي والأصحاب ( والمذهب الثاني ) أنه لا يرد ولا يرجع بالأرث ( والثالث ) أنه يرد	٤٢٢	ثم ذكر في الرهن : إذا رهن الأم دون الولد
٤٢٩	معها مهر مثلها ( والرابع ) يرد	٤٢٣	ثم ههنا كلامان ( أحدهما ) ما استدلل به المصنف والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب على ضعف هذا الوجه من نص الشافعي فإن للشافعي نصان في المختصر
٤٣٠	معها مهر مثلها يرد ( والخامس ) يرد	٤٢٣	( أحدهما ) قوله : ولا بأس أن يرهن الجارية ولها ولد صغير
٤٣٠	معها عشر ثمنها ( والسادس ) يرد	٤٢٣	( والنص الثاني ) في المختصر أيضا
٤٣٠	معها حكومة	٤٢٣	( الكلام الثاني ) في تخيل

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( والسايع ) أنها لازمة	٤٣٠	( والثامن ) يردها ويرد
٤٣٧	لرخص السمر ونحوه لا خلاف أنه لا يعتبر	٤٣٠	بعضها عشر ثمنها
	قال المرعشي : قطع الثوب من الصور التي فيها قولان	٤٣٠	نأما من يقول بردها ورد شيء معها
٤٣٨	( أحدهما ) يرده وأرض القطع	٤٣٠	نالجواب أن منفعة البضع مملوكة بالشراء للسيد
٤٣٨	( والثاني ) يأخذ الأرض فلا تنافي بين الكلامين	٤٣٠	وأيراده على الوجه الأول الأشهر وأقرب في النقل
٤٣٩	إذا عرفت ذلك فهل ذلك جار في وطء البكر أو لا ؟	٤٣٢	والجواب عنه من وجوه ( أحدها ) ما أشار إليه
٤٣٩	واعلم أن زوال البكارة يفرض على وجوه مختلفة الأحكام	٤٣٢	الثانعي رضى الله عنه في اختلاف الحديث وحكى عنه أنه قال : روي ذلك عن علي
٤٤٠	( تنبيه ) هل يشترط المبادرة بأعلام البائع ؟	٤٣٢	ولعل حفص بن غياث أو بسلة ممن كان حاضرا
٤٤١	( قلت ) : وما ذكره يقتضى أن حقه أولا ثابت في الرد	٤٣٢	مناظرة الثانعي
٤٤١	وأما إذا كان العيب قريب الزوال كالصداع والحمى والرمد عبر عنها البهوى بقولين والغزالي بوجهين	٤٣٣	( الثاني ) أنه قد روى مثل مذهبا من زيد بن ثابت
٤٤١	( أحدهما ) يعذر بالتأخير وله انتظار زواله ليرده سليما عن العيب الحادث من غير أرض	٤٣٣	( الثالث ) أنه قد روى صحابين لم يعلم انتشاره
٤٤١	( فرع ) زوال البكارة إذا كان بعد القبض فهو مانع من الرد	٤٣٣	( الرابع ) أن مذهبا موافق لمصر
٤٤٣	وإن قلنا كالأجنبي وجب وينبغي إذا قلنا : أن جنابته كالأجنبي فيخرج على أن الفسخ رفع للعقد من أهله	٤٣٣	( الخامس ) أن أحداث القول الثالث فيه خلاف وتفصيل مذكور في أصول الفقه
٤٤٥	أو من حينه ؟	٤٣٣	واعلم أن أصحابنا اختلفوا في أن الرد رفع للعقد من أصله أو من حينه
	( فرع ) أطلق المصنف أن تزويج الأمة مانع من الرد	٤٣٥	( فرع ) هذا كله في وطء المشتري فلو وطئها البائع أو الأجنبي بعد القبض بشبهة فهو كوطء المشتري لا يمنع الرد
٤٤٧	ويطرقه أمران	٤٣٦	( فرع ) ما ذكرناه من أن الوطء إذا كان على وجه الزنا عيب يمنع الرد
		٤٣٦	وإن وجب العيب وقد نقص المعيب

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( قلت ) : وهذا فيه تقوية لما أبديته من الاشكال في		( أحدهما ) أنا سنحكي حكاية عن صاب الببان أن
٤٥١	أخذ الأرض	٤٤٧	التزويج ليس بعيب ( الثاني ) لو قال الزوج لها : ان ردك المشتري بالعيب على البائع فانت طالق فكان قبل الدخول ثم وجد بها عيبا
٤٥٢	( قلت ) وقد تقدم ما نقله الاصحاب عن أبي ثور وأنه رواه في القديم	٤٤٧	( فرع ) اذا وجد المشتري العيب فقبل رده مع كونه في الرد جاء البائع وقطع يده
٤٥٢	( قلت ) والاصح على ما سيأتي أنه ليس له الأرض كذلك هنا	٤٤٨	( فرع ) من جملة العيوب المانعة من الرد لو كان غلاما ملحق شعره لأنه ينقص من ثمنه
٤٥٢	( نروع ) الأول : لو زال العيب الحادث قبل علمه بالعيب القديم ثم علمه فله الرد	٤٤٨	( فرع ) اشترى غرسا بحمار وخصى الفرس ثم وجد به عيبا
٤٥٣	( قلت ) وكذلك الاصح أنه ليس له الفسخ بعد الأخذ	٤٤٨	فان قال البائع : أنا آخذ المبيع مع العيب الحادث لم يلزمه دفع الأرض لأنه لم يكن له غير الرد
٤٥٤	أما اذا وجد ذلك قبل العقد فصحيح أنه لا يثبت الرد به جزئا	٤٤٨	( الشرح ) هذان نوعان من المسألة المتقدمة ولا شك أن للبائع والمشتري عند اجتماع العيب القديم والحادث أحوالا
٤٥٥	وان كان دبره أو علق عتقه على صفة ، فله الفسخ لأن التدبير يقبل الفسخ	٤٤٩	( أحدهما ) أن يرضى البائع برده من غير أرض للحادث ( الثانية ) أن يتفقا على امساكه وأخذ أرض العيب القديم
٤٥٥	( فرع ) لو أنعل الدابة ثم علم بها عيبا قديما أن لم يعجبها نزع النعل	٤٤٩	( الثالثة ) أن يتفقا على الرد مع الأرض وذلك جائز أيضا
٤٥٧	( فرع ) اذا صبغ المشتري الثوب ثم اطلع على عيب قديم	٤٤٩	( قلت ) وذلك لا يدفع الاشكال فان الإقالة فسخ على المذهب
٤٥٨	تتبيها في هذا الفرع ( أحدهما ) أن الامام لما حكى الخلاف في الطرفين أعنى طلب المشتري الامساك وأخذ الأرض	٥٠	( الحالة الرابعة ) ان تنازعا فيذعن أحدهما الى الرد مع أرض العيب الحادث
٤٥٨	( وان قلنا : ) لا نكلفه قيمته فهو كعيب حادث وان طلب الرد مع غرامة أرض العيب واستعادة الثمن أجبر على ذلك	٥٠	
٤٦٠	( التنبيه الثاني ) قال الامام : لا صائر الى أنه يرد ويبقى شريكا في الثوب كما في المغصوب	٥١	
٤٦١			

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٤٧٢	(مائة) آدمى ابن الرفعة أن كلام الامام في باب المراجعة يدل على أن الأرض في مقابلة سلطنة الرد	٤٦٢	(التنبيه الثالث) أن صاحب التهذيب قال : أن يمكنه نزع الصبغ فان رضى البائع بأن يرده
٤٧٣	( فرع ) مقتضى كلام المصنف وغيره أنه اذا لم ينقص القيمة لا رجوع بالأرض	٤٦٣	(التنبيه الرابع) الذى تخلص مما تقدم أن المشتري ان طلب الرد
٤٧٣	( فرع ) مع قولنا بأن الأرض جزء من الثمن المشهور القطع بأنه لا يبطل العقد	٤٦٤	( فرع ) لو صبغ المشتري الثوب ثم باعه ثم علم بالعيب قطع ابن الصباغ
٤٧٣	( فرع ) لو كان العيب في عين قبضت عن دين هل يكون الأرض عنها كما قلناه هنا	٤٦٤	( آخر ) ان كان ثوبا فخطاه استحق الأرض
٤٧٤	( فرع ) في فتاوى القاضى حسين : اشترى في صحته بمائة ما يساوى مائة فوجد في مرض موته به عيبا	٤٦٤	( آخر ) لو اشترى عصيرا حلوا فلم يعلم بعيبه حتى صار خبرا فله الأرض
٤٧٤	( فرع ) لو وجد بعينه بياضا وحدث عنده بياض آخر ثم زال أحد البياضين واختلفا	٤٦٥	( آخر ) لو اشترى ذمى من ذمى خبرا ثم اسلما فوجد المشتري بالخبر عيبا ينقص العشر من ثمنه
٤٧٤	( فرع ) اذا ثبت الأرض فان كان الثمن بعد في ذمة المشتري برىء من قدر الأرض وان قلنا : يعطى حكم المعين في العقد لم يجز إبداله والا جاز	٤٦٥	( فرع ) اشترى جارية بعبد ثم وجد بالجارية عيبا قديما فردها ووجد بالعبد عيبا حادثا عند بائع الجارية ثم اذا رده حكى الشيخ وجهين ( أحدهما ) يسترد الثوب مقطوعا ويسترد أرض النقص
٤٧٥	وان اختلفت قيمة المبيع من حال العقد الى حال القبض قوم بأقل القيمتين	٤٦٧	واذا اراد الرجوع بالأرض قوم المبيع بلا عيب فيقال قيمه مائة ثم يقوم مع العيب فيقال قيمته تسعون
٤٧٦	( الشرح ) تقدم أن القيمة تعتبر معنى لايجاب الأرض والاعتبار بأنه قيمة فيه طريقان :	٤٦٨	وقد ذكر الغزالي احتمالين في أن الأرض غرم مبتدأ أو جزء من الثمن
٤٧٦	( أصحابها ) القطع بأن الاعتبار بأقل القيمتين من قيمة يوم العقد ويوم القبض	٤٧٠	ومقتضى كلام الامام في مسألة الحل أن ذلك اقتضته الضرورة وليس العقد يقتضيه من الاصل
٤٧٦	( والطريقة الثانية ) أن في المسألة ثلاثة اقوال (أصحابها) هذا	٤٧١	على أن القول بأنه غرم جديد أيضا ليس صائبا عن اشكال

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	ولاجل كلام الفارقي هذا		( والثاني ) ان الاعتبار
٤٨٢	قال ابن ابي عصرون : انه لا فائدة في اعتبار اقل القيمتين	٤٧٦	بقيته يوم القبض وهو الذي صححه الفزالي في باب
	قال ابن ابي الدم : وأنا أقول في القلب من هذه		التخالف
٤٨٣	المسألة حكمة عظيمة		( والثالث ) نقله الراعي
	وعلى الجملة فهذا القول الذي صار اليه المصنف ليس	٤٧٦	عن رواية ابن مقلص ان الاعتبار بقيته يوم القبض وقد رأيت منصوصا في باب
٤٨٤	قولا اخترعه		الغصب
	قلت : وما قاله ابن ابي الدم	٤٧٧	واعلم ان هذه المسألة معروفة بالاشكال لاسباب على
٤٨٤	من حفظ الادب صحيح		عبارة المصنف
	( الوجه الثاني ) من الكلام	٤٧٧	اعلم ان طائفة من
٤٨٥	على الشاشي		الأصحاب أهملوا التعرض
	فالحواب ان الاختلاف في قيمة المعيب سببه حدوث	٤٧٧	لوقت اعتبار القيمة
٤٨٥	الوصف بزيادة أو نقصان		مثاله : قيمة السليم يوم
	( فان قلت : ) ذلك لا يلائم قوله كان ما نقص في يده	٤٧٨	العقد مائة ويوم القبض ألف
٤٨٦	مضمونا عليه		أو عشرة
	( فرع ) وهذا الذي قلته وحملت كلام المصنف عليه	٤٧٨	مثال الأول : قيمته في
	من ان المراد ان اختلفت القيمة المنسوب اليها		اليومين سليما عشرة ومعيبا
٤٨٨	( فرع ) عبارة الراعي والجمهور اقل القيمتين من		يوم العقد تسعة
٤٨٨	يوم العقد ويوم القبض	٤٧٨	ومثال الثاني : قيمته
	( فرع ) هذا الذي تقدم في معرفة الارش عن العيب القديم وكلام المصنف مغروض		معيبا يوم العقد ويوم القبض
٤٨٩	في ذلك	٤٧٨	ثمانية وسليما يوم العقد
	( فرع ) قال ابن ابي عصرون : المتأخر في		عشرة ويوم القبض تسعة
٤٨٩	مجموع له يتعرض بعضه		ومثال الثالث : قيمته يوم
	لألفاظ المهذب	٤٧٨	العقد سليما عشرة ومعيبا
	فان كان المبيع اثناء من		تسعة ويوم القبض سليما
	نضة وزنه ألف وقيته ألفان فكسره ثم علم به عيبا لم	٤٧٨	تسعة ومعيبا ثمانية
٤٨٩	يجز له الرجوع بأرش العيب		واذا تأملت الذي ذكرته
			في القسمين الأولين لم يخف
			عليك اختلاف الأمثلة وأحكامها
		٤٧٩	في هذا القسم
			فعبارة الامام مطردة في
		٤٧٩	الاقسام الثلاثة
			( فائدة ) قال الفارقي في
			كلامه على المهذب : هذه
		٤٨٠	المسألة يعنى مسألة الكتاب

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( السابع ) أن كلام المصنف يقتضى أن الوجه الأخير حكاه الداركي وليس من قوله	٤٨٩	( الشرح ) هذا الفرع مسوب لابن سريج وفيه أوجه
٤٩٤	( الثامن ) من قول المصنف في تعليل قول الداركي ، لأن ما ظهر من الفضل في الرجوع بالأرث لا اعتبار به	٤٨٩	( أصحابها ) أنه يفسخ المبيع ويرد الاتاء ( والوجه الثاني ) ولم يذكره المصنف يفسخ العقد لتعذر امضائه
٤٩٤	( التاسع ) الدليل الذي ذكره على عدم اعتبار ذلك أنه يجوز الرجوع بالأرث في غير هذا الموضع بالاتفاق	٤٩٠	( والثالث ) أنه يرجع بأرث العيب القديم كسائر الصور
٤٩٤	( العاشر ) لا جواب وما استدلل به الداركي أنه إنما يلزم جهالة الثمن إذا كان ذلك بطريق العين	٤٩١	( قلت ) وسيأتى بيان من هو الفاسخ عند ابن سريج وبه يتبين أنهما لم يتفقا إلا على أصل الفسخ
٤٩٥	( الحادى عشر ) أنه على الأصح الذى قاله المصنف أنه يرد ثم يغرم أرش النقص	٤٩١	ثم ننبه لأمر ( أحدها ) أن المصنف فرض المسألة في الاتاء وكذلك القاضي أبو الطيب
٤٩٥	( الثانى عشر ) مأخذ فسخ العقد على ما قال الشيخ أبو حامد من قول الشافعى في الرجل يشتري ثمرة قبل بدو الصلاح	٤٩١	( الثانى ) أن المصنف لم يذكر تمام صورة المسألة وهو أن يكون الثمن من جنس الاتاء
٤٩٦	( الثالث عشر ) صورة المسألة إذا كان الاتاء باقيا نلوه عرف العيب القديم بعد تلفه عنده فالصحيح أنفساخ العقد	٤٩١	( الثالث ) في التنبيه على أمور واضحة ذكر القصة على سبيل المثال الربوى والذهب كذلك
٤٩٦	( الرابع عشر ) متى كان كسر الاتاء من المشتري فلا فرق بين بعد القبض أو قبله	٤٩٢	( الرابع ) أن تعليل المصنف امتناع الرجوع بالأرث الذى اتفق عليه ابن سريج وأبو حامد والأكثرون
٤٩٧	( الخامس عشر ) إذا غرمناه قيمته على قول ابن سريج أو على قول الأكثرين عند تلفه	٤٩٢	( الخامس ) أن الفاسخ للمبيع هو الحاكم صرح به الشيخ أبو حامد
٤٩٧	( السادس عشر ) غرامة أرش النقصان الحادث على قول الأكثرين عند بقاءه	٤٩٣	وأما على قول الأكثرين فيبعد الحاقه بالتخالف
٤٩٨	( السابع عشر ) قد تقدم من قول الإمام أنه لم يصر أحد	٤٩٣	( السادس ) قول المصنف لم يغرمه أرش الكسر يريد به أن تفسير أرش الكسر متأخر عن الفسخ
		٤٩٤	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( الثانية ) أن يتبين أنه كانت له قيمة تافهة كالنقش ولعب الصبيان	٤٩٨	الى التخيير بين جميع هذه المسالك
٥٠٢	( المرتبة الثالثة ) أن يفرض له قيمة قبل الكسر معتبرة في صحة ما يراد العقد عليه ثم تبطل بالكسر	٤٩٨	( الثامن عشر ) صورة المسألة أن يكون العيب الذي ظهر بالاناء كالكسر ونحوه ( التاسع عشر ) أن الكلام المذكور لا اختصاص له بالاناء والحلى بل هو في كل عقد اشتمل على جنس واحد
٥٠٢	ويأتى الوجوبان المفهومان في المرتبة الثانية من كلام الفزالي	٤٩٨	( العشرون ) أن أرش الكسر الذي يفرمه يمكن أن يقال بأنه لا يكون منسوباً من الثمن
٥٠٢	( أحدهما ) أن البيع يفسخ ويرجع بالثمن ( والثاني ) أنه لا يفسخ إذا قلنا ذلك ليس من ضمان البائع	٤٩٩	وان وحد العيب وقد نقص البيع بمعنى يقف استعماله العيب على جنسه
٥٠٢	( والأصح ) أنه من ضمان البائع	٤٩٩	وقال المزني في موضع آخر فيها قولان
٥٠٢	( فرع ) قال ابن الرفعة : أنه تظهر فائدة الخلاف بين الأصحاب والقتال أيضا ( قلت ) أما إذا قلنا : أنه استدراك للظلمة لا يكون الا طلبه على الفور	٥٠٠	( أحدهما ) ليس له الرد الا ان شاء البائع والمشتري ما بين قيمته صحيحاً وفاسداً وكلام الأصحاب أربعة أوجه
٥٠٢	( فرع ) أطلق المصنف الكسر في هذا القسم فيقتضى أن لا فرق ( فرع ) أن اختلفا في تسليمه صحيحاً او فاسداً فالقول قول البائع مع بینه فان كان له قيمة كبعض النعامة والبطيخ الخامض ( الشرح ) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره وكان للبائى بعد الكسر قيمة وانفتحت الطرق على حكايتهما	٥٠١	( الأصح ) أن البيع باطل
٥٠٤	( فرع ) أن اختلفا في تسليمه صحيحاً او فاسداً فالقول قول البائع مع بینه فان كان له قيمة كبعض النعامة والبطيخ الخامض ( الشرح ) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره وكان للبائى بعد الكسر قيمة وانفتحت الطرق على حكايتهما	٥٠١	( والثاني ) أنه يصح وينفسخ بعد ذلك ويسترد جميع الثمن
٥٠٤	( الشرح ) اذا كسر ما لا يوقف على عيبه الا بكسره وكان للبائى بعد الكسر قيمة وانفتحت الطرق على حكايتهما	٥٠١	( والثالث ) أنه يصح ولا يفسخ لكن يكون له أرش العيب وهو ههنا الثمن بكماله
٥٠٥	( أظهرهما ) عند الأكثرين أنه لا يمنع الرد ( والقول الثاني ) أنه ليس له الرد تهرأ كما لو عرف	٥٠١	( والرابع ) أن البيع صحيح ولا يفسخ ولا يسترد الثمن بكماله وطريقه أن يحمل النص على ما لا قيمة له مع فساده في حال صحته فيحصلها على مراتب
٥٠٥	( والقول الثاني ) أنه ليس له الرد تهرأ كما لو عرف	٥٠٢	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥١١	ان غريم الفللس اذا رجع في العين وقد نقصت وان كان الأرض جزءا من الثمن كما اقتضاه كلامهم في مسألة الحلوى	٥٠٥	عيب الثوب بعد قطعه وان قلنا يرد وهو الاظهر
٥١٣	( فرع ) قال ابن الرفعة : على كل حال فأي وقت نعتبر القيمة فيه ؟ فيه وجهان ( أحدهما ) وقت حدوث العيب	٥٠٥	فهل يغرم أرض الكسر ؟ فيه قولان ( أحدهما ) نعم كالمصراة
٥١٤	( والثاني ) أكثر ما كانت من حين القبض الى حين حدوث العيب	٥٠٥	( والثاني ) لا ، لأنه معذور فيه والبائع بالبائع كأنه سلطة عليه
٥١٤	وان كسر منه قدرا يمكنه الوقوف على العيب بأقل منه ففيه طريقتان	٥٠٦	قال الغزالي وهو الأعدل ثم ننبه على أمور :
٥١٥	( أحدهما ) لا يجوز الرد قولاً واحداً لأنه نقص حدث بمعنى لا يحتاج اليه لمعرفة العيب	٥٠٦	( أحدهما ) أن طريق الاطلاع على العيب إما أن يكون من ضمان البائع أو من ضمان المشتري
٥١٥	( الشرح ) الطريقة الأولى ، هي المذهب . اذا دعى أحدهما الى الأرض والآخر الى خلافه	٥٠٦	( الثاني ) قال الرافعي في المحرر : انه لا يمنع الرد واذا رد لم يغرم الأرض على الاظهر
٥١٦	( فرع ) روى أن مولى لعمر بن حريث الصحابي اشترى لعمر بن حريث بيضا من بضع النعام	٥٠٦	( الثالث ) قال الامام : مما يجب التنبيه له أن المسألة التي نحن فيها لا تتميز أصلاً عن تفصيل القول في العيوب الحادثة
٥١٦	واخذ الناس من هذا أن عمرا كان رايه جواز الرد وان لم يعلم بالعيب حتى هلك المبيع أو اعتقه أو وقفه	٥٠٧	( الرابع ) انه اذا اشترى ثوبا مطويا فنشره ووقف على عيب به فان لم ينقص بالنشر فلا يمنع الرد
٥١٦	ثبت له أرض العيب ( الشرح ) امتناع الرد لعدم إمكانه لأن الرد يعتمد مردوداً	٥٠٨	( الخامس ) قال المروغني : في ترتيب الأقسام سبب فكرته فيها تقدم مختصراً ولابد من ذكره هنا
٥١٧	اذا عرفت ذلك فالأرض واجب بطلتين ( أحدهما ) ما ذكره المصنف أنه أبس من الرد	٥٠٨	( السادس ) قول المصنف : لا يوقف على عيبه الا بكسره أحسن من قول من قال مأكوله في جوفه
٥١٧		٥٠٩	فان قلنا : يلزمه الأرض قوم مبيعاً صحيحاً ومبيعاً مكسوراً
٥١٧			وقد مال ابن الرملة الى

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( الشرح ) اذا زال ملكه		(والثانية) أنه لم يستدرك
	عن المبيع زوالا يمكن عوده		الظلمة وهو مقتضى علة
٥٢٥	ثم علم بالعيب فلا خلاف	٥١٧	أبى اسحاق في مسألة البيع
	أنه لا يرد في الحال		وقال أبو حنيفة : لا يرجع
٥٢٥	( قلت ) وهو كذلك في باب		بالأرض فیهما لأنه فعل
	الاختلاف في العيب		مضمون فأنشبه ما اذا باعه
٥٢٦	( القول الثاني ) وهو من	٥١٩	أو أمسكه
	ترجيح ابن سريج : له الأرض		قال ابن كج : وعندى أن
	( قلت ) وقد رأيت النص	٥١٩	له الأرض في صورتين
	المذكور في مختصر البويطى في		( فرع ) يستثنى من اطلاق
٥٢٦	باب المتاع يشتري فيوجد به		المصنف ما اذا منع مانع من
	العيب	٥٢٠	أخذ الأرض
	ولو كان اليأس هو العلة		( فرع ) استيلاء الجارية
٥٢٧	لما وجب شيء لا يمكن الرد		مانع من الرد وينتقل الى
	لكن هل ذلك من كلام	٥٢٠	الأرض كما في الثلاثة
	البويطى نفسه أو من		وان لم يعلم بالعيب حتى
٥٢٨	الشافعى ؟ فيه نظر		أبق العبد لم يطالب بالأرض
	( فائدة ) قال الفزالي	٥٢١	لأنه لم ييأس من الرد
	والامام قبله : ان الخلاف		( الشرح ) اذا أبق العبد
٥٢٨	المذكور في الرجوع بالأرض		في يد المشتري ثم علم عيبه
	يقرب من القولين		فان كان العيب التقديم الذى
	( فرع ) على تخرىج		عليه غير الأبق كالمرج
	ابن سريج : اذا أخذ الأرض	٥٢١	والعور
	ثم رد عليه مشتريه بالعيب		واتفق الجميع على انه اذا
٥٢٩	فهل يرده مع الأرض ؟		رجع بالعيب وان هلك في
	( فائدة ) اذا عرفت ذلك		الأبق رجع على البائع بأرض
	نقول المصنف لم يجز له	٥٢٢	العيب
	المطالبة بالأرض يشمل ما اذا		اعلم ان الاصحاب اطلقوا
	اطلع المشتري الثانى على		ههنا انه لا يتمكن من الرد
٥٢٩	العيب ورضى به	٥٢٣	في مدة الأبق
	( فرع ) اشترى ثوبا		فان قالوا : لا يمكن المطالبة
	فقطعه أو صبغه ثم باعه		عند الحاكم بالثمن المقبوض
٥٣٠	ثم علم بعيبه ، فلا يرجع		الا مع تسليم العيب فعند
	بأرض العيب	٥٢٣	غيثه تتعذر الدعوى
	فان رد المشتري الثانى		( فرع ) في مذاهب العلماء
	بالعيب على المشتري الأول		الدعوى في هذه المسألة اذا
٥٣٠	رده على البائع لأنه أمكنه الرد	٥٢٤	اطلع بعد الأبق ان كان آبقا
	( الشرح ) هذا لا خلاف		فان لم يعلم بالعيب حتى
	فيه وهو معطل عن الاكثرين		باعه لم يجز له المطالبة
٥٣٠	بالمعنى الأول	٥٢٤	بالأرض

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	فان لم يعلم بالعيب حتى وهبه من غيره فان كان بموض فهو كالبيع وقد بيناه ٥٣٨		فيه وهو محلل عند الاكثرين ( قلت ) وهذه العبارة بظاهرها منكرة على الصحيح من المذهب ٥٣١
	هذا بين لا اشكال فيه الا أن الهبة بعوض بيع وحينئذ تأتي فيها الأقسام والأحكام المذكورة كلها ٥٣٨		( فرع ) ليس للمشتري الثاني رده على البائع الأول وان حدث عند الثاني عيب مرجع على الأول بالأرض رجع هو على بائعه لأنه آيس من الرد ٥٣١
	وان وهبه بغير عوض لم يرجع بالأرض لأنه لم يبأس من الرد ٥٣٨		واقول بعون الله تعالى ما ذكره الرافعي والبنغوي من الترتيب مبنى على ما تقدم عنهما ٥٣٢
	( الشرح ) هذا هو الصحيح تفريعا على أن المعتبر اليأس ( تنبيه ) الهبة قد يسمى فيها عوض ولا شك أن حكم البيع ( فرع ) قال صاحب التهذيب : قال بعض اصحابنا : لو كان وهبه من ابنه فلا يرجع لأنه يمكنه أن يرجع في الهبة ثم يرد كما لو لم يخرج عن ملكه ٥٣٩		( فرع ) هذا الذي ذكرناه كله ما دام المبيع باقيا أما لو تلف بعد حدوث العيب أو دونه ٥٣٤
	فان رجع اليه ببيع أو هبة أو ارث فله الرد بلا خلاف لأنه أمكنه الرد ولم يستترك الظلامة ٥٤٠		وان تلف في يد الثاني وقتلنا بتعليل أبي اسحاق لم يرجع لأنه استدراك ظلالة ( الشرح ) اذا تلف في يد المشتري الثاني أو كان عبدا فاعتقه أو أمة فاستولدها أو وقف المبيع ٥٣٤
	( فرع ) باع زيد عمرا شيئا ثم اشتراه منه وظهر فيه عيب كان في يد زيد ( فرع ) لو تلف في يد الموهوب له فللمشتري الواهب الرجوع قولا واحدا ( فرع ) هذه الأحكام المتقدمة في كلام المصنف ٥٤٢		وان رجع المبيع اليه ببيع أو هبة أو بارث لم يرد على تعليل أبي اسحاق وأما بقية الطرق العود من الهبة ونحوها فلا تأتي فيها هذه الأوجه ٥٣٦
	( فرع ) لو لم يخرج المبيع عن الملك ولكن تعلق به حق كرهن أو كتابة ٥٤٤		واعلم أن طريقة المصنف والجمهور في البناء لا اشكال فيها ( فرع ) اعلم باننا اذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد كما صححه الغزالي لم يبق لنا بعد بيع المشتري الأول ٥٣٧

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٥٢	الصفة الكاملة بعد البيع وقبل القبض يثبت الخيار (فائدة) الرجوع في العيب الى العرف له نظائر في الفقه فان اشترى عبدا فوجده أعمى أو أعرج أو أبرص أو مريضا أو أبخر أو مقطوعا أو أقرع أو زانيا أو سارقا	٥٤٥	( فرع ) الثمن المعين اذا خرج معيبا يرد بالعيب كالمبيع
٥٥٢	وقال العجلي : اذا صاب العبد مرض وكان يزول بالمعالجة السريعة فلا خيار	٥٤٦	( فرع ) باع عبدا باللف وأخذ بالآلف ثوبا ثم وجد المشتري بالعبد عيبا ورده ( فرع ) اختلفا في الثمن بعد رد المبيع فمن ابن أبي هريرة قال : امتننى والأولى أن يتخالطا وتبقى السلعة في يد المشتري
٥٥٣	وقال الغزالي في الوسيط : اعتياد الإباق والسرقة والزنا عيب	٥٤٦	( فرع ) لو احتيج الى الرجوع بالأرث فاختلفا في الثمن فمن رواية القاضي ابن كج فيها قولان
٥٥٤	ووراء ذلك ثلاثة أمور ( أحدها ) أن هذه الثلاثة اذا تكررت في يد البائع واشتهرت ثم وجدت في يد المشتري ولم يكن علم بها فله الرد	٥٤٧	اتفق الشافعي وأكثر العلماء على أن المشتري اذا رد المبيع بعيب وكان الثمن باقيا أنه يأخذه
٥٥٤	( فرع ) لو وجد الإباق والسرقة والزنا ونحو ذلك في يد البائع وارتفع مدة مديدة فان رده المشتري الثاني ( فرع ) لا يشترط أن توجد هذه الأشياء في يد البائع	٥٤٧	والمعيب الذي يرد به المبيع ما يعده الناس عيبا ( الشرح ) لما تقدمت أحكام العيب احتاج الى تعريفه فعد هذا الفصل لذلك
٥٥٥	ولا يشترط تكرار الجنابة منه أيضا	٥٤٨	وأما ثبوت الرد بوجوده في يد البائع فيمكن أن يكون أبو الطيب يقول به ويجعله عيبا
٥٥٦	( فرع ) في مذهب العلماء قال الثوري وإسحاق في الصبي يسرق ويشرب الخمر ويأبى : لا يرد بعيب حتى يحتلم	٥٤٩	وان جمعنا ما قاله أبو الطيب بعد القبض وما قاله صاحب التهذيب قبله ( والجواب ) عن هذا أن الثمن اذا كان معيبا لحكمه حكم المبيع
٥٥٦	( فرع ) قول المصنف عبد على سبيل المثال ملامة كذلك وبعض العيوب المذكورة يشترك فيها سائر الحيوانات	٥٥٠	( قلت ) والعيب في الزكاة كالمبيع على الأصح ( فرع ) قد تبين لك زوال
٥٥٦		٥٥١	
٥٥٦		٥٥١	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٥٥٩	( ومنها ) على ما قال الجورى : اذا باع عبدا قد نذر صوم شهر بعينه	٥٥٦	( فرع ) ومن أمثلة العيوب أيضا الجب وهو داخل في قول المصنف : مقطوعا والصئبان في الأماء والعبيد اذا كان مستحكما مخالفا للعادة
٥٦٠	( ومنها ) ضهور الكمبين وانقلاب القدمين الى الوحشى والشيلان الكثيرة ، وآثار الشجاج والقروح	٥٥٦	وقال الفقهاء في صفة الأمانة : هو : هو الذى يدغم حرفا في حرف على خلاف الادغام الجائز في العربية
٥٦٠	ومن العيوب كون الدابة جهوحا أو عضوضا أو رموحا أو حثيثة المشى	٥٥٧	( ومنها ) كونه ناقص الذوق أو شيء من الحواس الخمس وان كان بعضها تقدم الشعر أو الظفر
٥٦١	ولو اشترى أرضا يتوهم أن لا خراج عليها فبأن خلافه فان لم يكن على مثلها خراج فله الرد	٥٥٧	( ومنها ) كونه ذا قروح أو ثآليل كثيرة أو بهق وهو بياض يعترى الجلد
٥٦١	ومن العيوب نجاسة المبيع اذا كان ينقص بالغسل ( فرع ) قال الهروى : فصل في عيوب العبيد والجوارى التى اجتمع عليها	٥٥٧	( ومنها ) كونه نماما أو ساحرا أو قاذفا للمحصات أو كذابا أو به نفخة طحال
٥٦٢	البحاثون وافتى بها المفتون ( فرع ) قال الزبيرى في المقتضب : لو اشترى دارا بحدودها ثم علم أن أحد حيطاتها ليس لها فله الخيار	٥٥٨	( ومنها ) كونه خنثى مشكلا أو غير مشكل قال الرافعى : انه ان رجلا وكان يبول من فرج الرجال ( ومنها ) كونه وصل شعره بشعر غيره
٥٦٣	( قلت : ) وينبغى أن يكون ذلك على تفريق الصفة لأن الإشارة تشمل الجميع ومن جعلتها الجدار الذى تبين أنه ليس لها	٥٥٨	( ومنها ) كون العبد مخنثا أى ممكنا من نفسه من عمل قوم لوط
٥٦٣	وان وجده يبول في الفراش فان كان صغيرا لم يرد ، لأن بول الصغير معتادا فلا يعد عيبا وان كان كبيرا رد ، لأن ذلك عاة ونقص ( الشرح ) اذا كان صغيرا	٥٥٨	( ومنها ) كون الجارية رتقاء أو قرناء أو مستحاضة أو معتدة
٥٦٣		٥٥٨	( ومنها ) وقد تعرض له الشافعى أن يكون كل منهما العبد والأمة أحرم باذن السيد ( قلت : ) ولنا وجه أنه ليس للبائع تحليله

الصفحة	الاحكام	الصفحة	الاحكام
٥٦٨	له الرد لأن كفره لا ينقص ( الشرح ) هذا موافق لصاحب التتمة ومخالف لصاحب التهذيب والرافعي في التفصيل	٥٦٣	فلا خلاف في أنه ليس بعيب ، سواء في ذلك الطفل والطفلة وان اشترى عبدا وكان يبول في فراشه ولم يعلم الا بعد كبر العبد
٥٦٨	وان اشترى أمة فوجدها مزوجة أو عبدا فوجده مستأجرا ثبت له الرد ( الشرح ) هذا كما قال لأن المزوجة يستحق الزوج تسليمها في بعض الأوقات	٥٦٤	وان وجده خصيا ثبت له الرد لأن العقد يقتضي سلامة الأعضاء وهذا ناقص ( الشرح ) الخصي الذي نزعتم خصيتاه وسلتا وقيل : من قطعت أنثياه مع جلدها
٥٦٩	وان اشترى شيئا فتبين أنه غبن في ثمنه لم يثبت له الرد لحديث حبان بن منقذ ( الشرح ) هذا الحديث ذكره المصنف في أول كتاب البيوع فيكتفى بكلام النووي عليه	٥٦٤	وان وجد غير مختون — فان كان صغيرا — لم يثبت له الرد لأنه لا يعد ذلك نقصا في الصغير ( الشرح ) هذا كما قال وضبط الروياني الصفر بسبع سنين فما دونها
٥٧٠	وقال أصحابنا : لا يثبت الخيار بالغبن سواء اتفاحش أم لا ( فرع ) فيما نفوهم أنه عيب وليس بعيب ولا رد فيه وان اشترى عبدا بشرط أنه كاتب فوجده غير كاتب أو على أنه يحسن صنعة فوجده لا يحسن صنعة	٥٦٥	وان اشترى جارية فوجدها مغنية لم ترد لأنه لا تنقص به العين ولا القيمة ( الشرح ) هذا مذهبننا وعن مالك أن له الخيار لأن الغناء حرام ، وذلك نقص فيها
٥٧١	( فرع ) هذا الفصل للسبب الثالث من أسباب الخيار وهو اخلاف ما ظن بالالتزام الشرطي ( فرع ) قال القاضي حسين : ولو شرط أنه حجام فاخلف ثبت الخيار ، وان كان صادقا في جملة الحرف	٥٦٥	وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد لأن الثيوبه والكبر ليس بنقص فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد لأنه لا يقر على دينه وان وجدها ثيبا أو مسنة لم يثبت له الرد ( الشرح ) كثير من الاصحاب اطلقوا هذا الحكم فان وجد المملوك مرتدا أو وثنيا ثبت له الرد ( الشرح ) الرد عيب
٥٧٤	وان اشترى على أنه نحل فوجده خصيا ثبت له الرد ، لأن الخصي انقص من الفحل في الخلقة	٥٦٦	تطلعا في المملوك الذكر والأنثى وان وجده كتابيا لم يثبت
٥٧٥		٥٦٦	
٥٧٦		٥٦٧	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( فرع ) إذا ظهر الخلف في الصنف المشترطة وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب	٥٧٦	( الشرح ) المسألة الأولى لا خلاف فيها لفوات الغرض القوى
٥٨١	( الشرح ) الشروط	٥٧٧	وان اشتراه على أنه مسلم فوجده كافرا ثبت له الرد ( الشرح ) هذه أيضا
٥٨١	المتقدمة كانت في الصفات	٥٧٧	لا خلاف فيها لفوات الغرض المقصود القوى
٥٨٢	وان اشترى ثوبا أو أرضا على أنه عشرة أذرع فوجده والى ما يحصل بالزيادة	٥٧٧	وان اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ثبت له الرد وقال المزني : لا يثبت له الرد
٥٨٣	فهي أربع مسائل وطريقة العراقيين في ذلك تحتاج الى تأويل وفكر	٥٧٧	( الشرح ) المذهب ثبوت الرد في ذلك وبه قال أحمد لا لنقيصة ظهرت ولكن لأنه
٥٨٣	وانا ان شاء الله اذكر طريقتهم وطريق غيرهم في ذلك	٥٧٧	قد يكون غرضه التجارة ( فرع ) هذه المسألة
٥٨٣	( الطريقة الأولى ) القطع بالصحة في حالة نقصان في المتقوم والمثل مع ثبوت الخيار للمشتري	٥٧٨	أيضا مما يشهد لرجحان عبارة النووي على عبارة الرافعي
٥٨٣	( الطريقة الثانية ) لو قال: بعتك هذا الثوب وهو عشر أذرع فخرج تسعا ثبت الخيار للمشتري	٥٧٩	( فرع ) الفرق بين البيع والنكاح حيث لم يثبت الخيار في النكاح على الأصح
٥٨٣	( الطريقة الثالثة ) طريقة صاحب التقريب والخراسانيين والقاضي حسين على ما ذكرته في باب الربا	٥٧٩	( فرع ) صورة مسألة الكتاب فيما إذا كان المشتري مسلمًا والبائع مسلما فلو كان المشتري كافرا اكتفت على شراء الكافر للمسلم والأصح فساده
٥٨٣	وأما بيان الاشكال والترجيح بين الطرق فيوقوف على مقدمات	٥٧٩	( الشرح ) هذا لا خلاف فيه لفوات الغرض ونقصان المسألة وهي من القسم الأول لشرط الكتابة وحسن الصنعة
٥٨٥	( أحدها ) أن هذه المسألة يتجاوز بها أربعة أصول مستفادة من كلام الامام	٥٨٠	وان اشتراها على أنها ثيب فوجدها بكرا لم يثبت له الرد لأن البكر أفضل
٥٨٥	( الثانية ) أن الفرض المتعلق بجنس المبيع قوى جدا فان الجنس هو الأصل والمقادير والأوصاف تطرأ عليه وتزول	٥٨٠	( الشرح ) القول بأنه لا يثبت له الرد هو الأصح ( فرع ) لو شرط كونه مختونا فبان اقله فله الرد
٥٨٥	( الثالثة ) قد عرفت بهذه المقدمة الثانية انحطاط	٥٨٠	

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
٦٠٧	( أحدهما ) أن المسألة على ثلاثة أقوال : أحدها : أنه يبرأ من كل عيب لأنه عيب رضى به	٦٠٣	للمشتري — إذا صححنا البيع — ولم يحصل القصاص — فإن كان بعد الفداء — ( فرع ) إذا باعه ولا جناية منه ولكنه كان قد حفر بئرا في محل عدوان قبل البيع فتردى فيها
٦٠٧	المشتري فبرئ منه البائع والثاني : لا يبرأ من شيء من العيوب لأنه شرط يرتفع به أحد المتبايعين فلم يصح مع الجهالة	٦٠٤	( فروع ) وطء الجارية الجانية لا يكون التزاما للفادى ( غائدة ) أجمعوا إذا كان في يد العبد مال وهو مأنون أن الدين في ماله والجناية في رقبته
٦٠٧	والثالث : أنه لا يبرأ إلا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان ( والطريق الثانى ) أن المسألة على قول واحد وهو أنه يبرأ من عين باطن في الحيوان لم يعلم به ولا يبرأ من غيره	٦٠٤	( فرع ) لو اشترى عبدا وبه مرض أو جراحة فزاد ذلك في يد المشتري ولم يعلم ثم علم حال الاستقصاء وإن اشترى عبدا مرتدا فقتل في يده ففبه وجهان
٦٠٨	( الشرح ) هذا الفصل باب مستقل بوب عليه المزنى والأصحاب بباب بيع النراء قال البيهقي أن أصح ما رواه في الباب حديث سالم وهو المذكور من رواية مالك في قضاء عثمان وأما العلماء فاختلّفوا على مذاهب	٦٠٥	البيع ويرجع بالثمن ( الشرح ) بعم العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك
٦٠٨	( أحدهما ) أن يبرأ من كل عيب علمه البائع أو لم يعلمه وهو مذهب أبى حنيفة وأبى ثور ( والثانى والثالث ) أنه لا يبرأ من شيء من العيوب واختلّفت عبارة هؤلاء ( والثالث ) أنه لا يبرأ من شيء حتى يضع يده عليه كما تقدم عن شريح وعطاء	٦٠٥	وإن قتل العبد في المحاربة وانحتم قتله فتد ذكر الشيخ أبو حامد في التعليق أن البيع باطل لعدم المنفعة ( الشرح ) إذا قتل في المحاربة فإن تاب قبل أن يقدر عليه فالقود ههنا متحتم ( الطريقة الثانية ) ما قاله القاضى أبو الطيب أنه كبيع الجاني يعنى عبدا فيصح على الأصح
٦١٠	( الرابع والخامس والسادس ) أنه لا يبرأ من	٦٠٦	إذا باع عبدا بشرط البراءة من العيب ففيه طريقان
٦١٠		٦٠٧	

الاحكام	الصفحة	الاحكام	الصفحة
( أحدهما ) أن تكون العيوب مما لا يعين كالسرقة والأباق، فتصح البراءة فيها بالتسمية	٦١٥	العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة كقول عثمان	٦١٠
( والنوع الثاني ) أن تكون مما يعين كالبرص والقروح فلا تكفى التسمية حتى يقف عليها	٦١٥	( السابع ) قول ثان للمالك وقال ابن مبرد البر : أن مالكاً رجع إليه : أنه لا يبرأ بذلك إلا في الرقيق خاصة	٦١٠
( قلت ) وهذا معنى قوله في المختصر : ولو سماها لاختلافها	٦١٥	( والثامن ) قول ثالث لمالك وقيل : أنه الذي رجع إليه أنه لا ينتفع بالبراءة إلا في ثلاثة أشياء فقط	٦١٠
( فرع ) ادعى الرافعي أنه لا خلاف في البراءة إذا شرط البراءة من الزنا والسرقة والأباق لأن فكرهما اعلام	٦١٦	( والتاسع ) أن البيع باطل كما هو قول في المذهب خارج من التفريع على القول الثاني	٦١١
( الضرب الثالث ) أن يبرأ إليه من كل عيب من غير أن يسمى ولا يقف المشتري عليها فهو محل الأقوال والطرق المتقدمة	٦١٧	( والطريق الثاني ) القطع بهذا القول الثالث	٦١١
( فرع ) في الاستدلال للأقوال المذكورة غير القول الظاهر من المذهب وأجوبتها	٦١٧	( والطريقة الخامسة ) القطع في الحيوان بالفرق بين المعلوم وغيره ، وأجبراء الأقوال الثلاثة في غير الحيوان والجوري نقل هذا النص عن رواية حرمللة ، والمسوردي ذكر هذا النص وأضعف الطرق الطريقة الرابعة المأخوذة من الإمام ( فرع ) قسم المسوردي البيع بشرط البراءة إلى ثلاثة أضرب	٦١٢ ٦١٤ ٦١٤ ٦١٥
المذهب القديم وأما على الجديد فلأنه يرى أن قول الصحابي مع القياس الضعيف المسمى بقياس التقريب	٦١٩	( أحدها ) يبرأ من عيوب سماها ووقف المشتري عليها فهذه براءة صحيحة وببيع جائز	٦١٥
وقال الجوري : أن قول الصحابي الذي ليس له مخالف إنما يكون حجة في الجديد إذا اعتضد بضرب من القياس	٦٢٠	( الضرب الثاني ) أن يبرأ من عيوب سماها ولم يقف المشتري عليها فهذا على نوعين	٦١٥

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	وأما قولي : الأمر عندنا وما سمعت أهل فهو قول من أرتضيه وأقتدى به وما اخترته من قول بعضهم ٦٢٤		وتال البندنيجي في مقدمة كتاب الذخيرة : قال الشافعي في أدب القاضي : ولا يجوز لأحد من أهل العلم أن يقلد أحدا غير رسول الله ﷺ ٦٢٠
	( التتريع ) وقد ذكره المصنف - أن قلنا : الشرط باطل متى بطلان البيع وجهان وقال الإمام أظهرهما أنه ظاهر قول الشافعي ٦٢٤		أما حكمه فإن كان بعد استشارة الصحابة فاجماع والا فإن انتشر ولم ينكر فالذي سمعت الشيخ يقول : ليس بحجة وهو بمنزلة قول الواحد ٦٢١
	وأعلم أن قضاء عثمان على ابن عمر رضي الله عنهم باليمين أنه ما علم . نصر في أن البيع صحيح ٦٢٤		فهذا النص من الشافعي يدل على أنه يقول بقول الصحابي في بعض المواضع وفي القياس الخفي وهو الشبه وجهان ٦٢٢
	لكن يشكل عليه قول عثمان : تحلف أنك ما علمت ( والوجه الثاني ) وهو الذي قدمه في التنبيه أنه يبطل كسائر الشروط الفاسدة ٦٢٥		( أحدهما ) يقدم على قول الصحابي ٦٢٢
	وقال الاكثرون غيره : أنه فاسد ٦٢٦		( والثاني ) يقدم قول الصحابي عليه وهو قول أبي حنيفة ومن لا خبرة له من أصحابه ٦٢٢
	فلو اختلفا في عيب هل هو حادث أو قديم ؟ قال الماوردي : ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في اختلاف العلة ٦٢٦		( الأمر الثالث ) أنه إذا كان الأمر كذلك فلم سماه الشافعي تقليدا ٦٢٣
	( فرع ) قد اجتمع في الشروط مع العقد ثلاثة أقوال يصحان ويفسدان ، يصح العقد ويفسد الشرط ٦٢٧		( الرابع ) في قول مالك رضي الله عنه في ذلك الأمر المجتمع عليه عندنا هو في هذا الموضع وغيره من هذه المشكلات التي استشكلها أمامنا الشافعي ٦٢٣
	( تنبيه ) عرفت بما تقدم أن المذهب فساد الشرط في غير الحيوان وصحته في الحيوان مع التنصيل في البراءة ٦٢٧		قال اسماعيل بن أبي أويس : سألت خالي مالكا عن قوله في الموطأ الأمر المجتمع عليه والأمر عندنا يفسره لي ٦٢٣
	( فرع ) لو شرط أن لا يرد المبيع بالعيب القديم والحادث في ضمانه قال القاضي حسين : يبطل البيع قولا واحدا ٦٢٨		فقال : أما قولي : الأمر المجتمع عليه عندنا الأمر الذي لا اختلاف قديما ولا حديثا ٦٢٤

الصفحة	الأحكام	الصفحة	الأحكام
	( قلت ) والتصرية لما		( فرع ) شغف بعض
	كانت ملحقة عند الاكثرين		الوراقين في هذا الزمان بأن
	بالميب وعند بعضهم بالخلف	٦٢٨	يجعل بدل شرط البراء :
٦٢٩	لم تكن خارجة عن ذلك		اعلم البائع المشتري أن
	وأما الخيار الحاصل	٦٢٨	بالمبيع جميع العيوب ورضى به
	بسبب الاجبار في المراجعة فهو		( فرع ) يختم به الباب
	راجع الى الميب لانه كالميب	٦٢٩	يعنى باب الرد بالميب
٦٢٩	في المبيع		











